

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE
MARIAGE CIVIL
EST-IL
UN CONTRAT ?

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 19 Décembre 1901, à 2 heures 1/2

PAR

Pierre RENARD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. LEFÈVRE.

Suffragants : { MM. BOISTEL, professeur.
A. COLIN, agrégé.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1901

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE
MARIAGE CIVIL
EST-IL
UN CONTRAT ?

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Jeudi 19 Décembre 1901, à 2 heures 1/2

PAR

Pierre RENARD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. LEFÈBVRE.

Suffragants : { MM. BOISTEL, *professeur.*
A. COLIN, *agrégé.*

PARIS

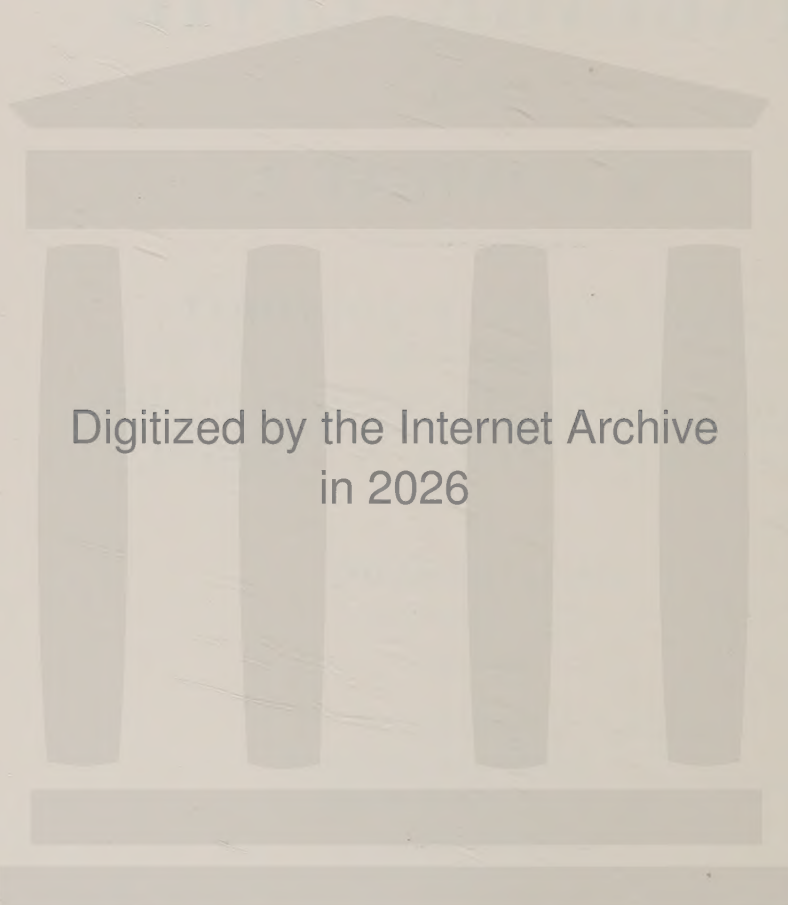
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1901





Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE MARIAGE CIVIL

EST-IL

UN CONTRAT ?

INTRODUCTION

L'institution du mariage, critiquée pendant longtemps dans le détail de ses parties diverses, se trouve aujourd'hui menacée dans son ensemble et dans son existence même.

Les féministes radicaux, les partisans d'un individualisme exagéré, prônent l'égalité absolue des sexes et le régime de l'union libre; suivant eux, le mariage est, par ses contraintes, la cause de la prostitution, de l'avortement, de l'infanticide et d'une foule de désordres sociaux que ferait disparaître le libre jeu des volontés privées.

D'autre part les socialistes et leurs adeptes, imbus des droits de l'Etat, prétendent réprimer ces désordres en supprimant la liberté individuelle, et organiser le mariage suivant l'idéal politique de Platon et de Lycurgue.

Le despotisme des pouvoirs publics, ou le libre essor des fantaisies privées, tels sont les deux termes extrêmes où viennent aboutir toutes les doctrines erronées qui, sous l'une ou l'autre alternative, concluent à la suppression du mariage.

C'est qu'en effet il existe, entre l'individu et la société, un antagonisme qui semble irréductible. L'autorité de l'une entrave constamment la liberté de l'autre.

Les nécessités et les exigences de la vie sociale limitent à tout instant le développement de l'activité individuelle, appellent le sacrifice constant des besoins privés à l'intérêt commun. L'histoire nous montre les sociétés cherchant tour à tour, entre le despotisme et l'anarchie, la solution de ce conflit naturel, et la question du mariage n'en est aujourd'hui qu'une des faces multiples.

Mais, sous cette forme nouvelle, le problème prend une importance particulière, car c'est dans la famille qu'il se pose tout d'abord, et par elle seule qu'il peut être résolu.

Comme l'individu, la famille est fin en elle-même, et forme une unité distincte. Elle a une personnalité morale, des besoins spéciaux à satisfaire, un but commun que ses membres poursuivent par leurs activités et leurs efforts réunis.

Mais en même temps la famille suppose une autorité, une direction générale; il existe entre ses membres une certaine hiérarchie déterminée par l'âge et la parenté; ceux-ci enfin doivent subordonner leur liberté et sacrifier leur égoïsme aux besoins et aux nécessités du groupe.

La famille est donc le milieu naturel où l'individu fait l'apprentissage de la vie collective, le centre où les droits individuels et les nécessités sociales trouvent leur harmonie et leur conciliation. De sa constitution dépend ainsi tout l'ordre social, et le mariage qui la fonde apparaît dès l'abord digne de toutes garanties.

Ces analogies entre la société et la famille nous amènent à chercher dans un principe commun la source des systèmes qui viennent en altérer la notion.

Rousseau, dans son *Contrat social*, semble en avoir donné la formule définitive.

D'après cet auteur, l'ordre social n'est point fondé sur la nature, mais sur une convention. D'autre part, il est nécessaire à l'homme, qui ne peut vivre isolé de ses semblables.

L'individu et l'Etat ont dès lors un droit égal, l'un à reprendre sa liberté naturelle aliénée par le pacte primitif, l'autre à employer la force pour maintenir l'association au nom de l'intérêt commun. L'exercice de ces droits rivaux, fait ainsi naître entre eux un conflit, qui n'a d'autres issues que la contrainte des pouvoirs publics ou l'arbitraire privé des individus.

La théorie de Rousseau accentue donc, au lieu de l'apaiser, l'antagonisme que nous signalions tout à l'heure ; qu'il s'agisse de la famille ou de la société, ses résultats seront les mêmes et dériveront d'un même principe erroné : celui qui met une convention à la base des rapports naturels entre individus, et donne ainsi à une

volonté humaine quelconque le droit de les régir et de les modifier à son gré.

Ce point de vue n'est-il pas d'ailleurs justifié par les faits ? De l'idée de contrat la logique révolutionnaire sut tirer à la fois le divorce par consentement mutuel, et le droit à l'insurrection contre la société. Les revendications féministes contre les lois impératives du mariage et les systèmes anarchistes, qui réclament la suppression de toute autorité sociale, s'inspirent aujourd'hui des mêmes principes de liberté absolue.

Ce sont, en revanche, leurs conséquences funestes que les socialistes cherchent à éviter par une réglementation despotique des rapports sociaux et de famille; de sorte que la théorie du contrat, mise à la base de ces rapports, ne laisse pas d'autre alternative à la liberté individuelle que sa toute puissance ou son anéantissement.

Ces erreurs, que nous signalions au début à propos du mariage, dérivent donc d'une fausse notion de l'ordre social. La société, la famille, sont des associations nécessaires et dont la nature a dicté les lois essentielles. L'homme, en y entrant, ne fait que se placer dans son état naturel, c'est-à-dire dans l'état où se trouvent réunies toutes ses conditions d'existence et de développement. Elles n'exigent donc aucune aliénation de sa liberté, et il n'est pas besoin, pour expliquer leur existence, de recourir à une convention qui les condamne, nous venons de le voir, à une instabilité perpétuelle.

Cette explication est cependant admise par la plupart

des auteurs, en ce qui concerne la famille. Mais nous venons d'indiquer, et nous développerons par la suite, les conséquences funestes qu'elle entraîne après elle. A ce premier titre nous chercherons à en montrer l'erreur.

Outre son intérêt social et l'actualité qu'elle emprunte aux circonstances, cette question présente un intérêt juridique particulier. Les rapports entre patrimoines se créent et se modifient à volonté par le jeu des contrats. Mais l'état des personnes est réglé par des lois impératives, qui laissent à leur volonté un champ d'action très restreint.

Les divers états des personnes, en effet, ont le plus souvent pour cause un fait naturel, tel que l'âge, le sexe, la démence, et quand ils naissent d'un accord consensuel, comme dans le mariage, l'adoption, la naturalisation, le contrat est simplement une forme juridique destinée à garantir la liberté des parties. Mais leur volonté n'est pas maîtresse de régler à son gré les termes de leur accord, ou les obligations qui en dérivent.

Cet accord n'est donc pas un contrat véritable, et il faut réserver ce nom aux accords de volontés produisant des effets juridiques dans la sphère du patrimoine. Nous essaierons, à propos du mariage, de justifier cette manière de voir, et de déterminer le rôle de la volonté dans le domaine du statut personnel.

Nous nous placerons successivement, dans cette étude, sur le terrain de l'histoire et du droit positif. Une courte introduction historique nous fera assister à la naissance

et au développement de l'idée de contrat, nous montrera les conséquences et la portée que lui ont attribuées nos anciens auteurs, et qu'elle a eues dans la pensée des rédacteurs du Code.

Nous chercherons ensuite, d'après le Code Civil et les données du droit rationnel, si cette notion, appliquée au mariage, peut se concilier avec les principes ordinaires du contrat.

A cet effet, nous envisagerons successivement le mariage :

- 1^o Dans sa formation et ses conditions de validité ;
 - 2^o Dans son objet et ses fins ;
 - 3^o Dans sa nature ;
 - 4^o Dans ses effets ;
 - 5^o Dans sa dissolution.
-

PREMIÈRE PARTIE

PRÉLIMINAIRES HISTORIQUES

PREMIÈRE PARTIE

Préliminaires historiques

I

Pendant tout le cours du moyen-âge, le mariage fut considéré comme une institution relevant uniquement du pouvoir spirituel et soumise à des lois impératives basées sur la notion de sacrement. Cette conception purement religieuse du mariage écartait toute discussion sur sa nature juridique. Aussi l'idée qu'un lien contractuel pût exister entre époux n'apparaît nettement dans aucun écrit de l'époque.

On la trouve sans doute en germe dans Saint-Thomas (1), et quelques canonistes la formulèrent pour certains cas où, la validité du mariage étant évidente, l'existence du sacrement ne pouvait être admise (2). Mais c'est au

(1) *Sent.* IV, *dist.*, XXXIV, *quæst.* 1 art. 1; *id. dist.* XXXVI, art. 5; *sum. in suppl. quæst.* 45 art. 2.

(2) Esmein. *Le mariage en droit canonique*. T. 1. p. 78 et s.; T. II, p. 159 et s.

xvi^e siècle, pendant les débats du Concile de Trente, que fut généralisée, et posée pour la première fois en termes nets, la distinction du contrat et du sacrement.

La conception religieuse du moyen âge s'altérait à cette époque, sous l'influence de la réforme et des besoins nouveaux que faisaient alors apparaître certaines lacunes du droit canon. Luther et Calvin, déniaient au mariage son caractère sacramentel, y voyaient avant tout un acte naturel, dépendant du pouvoir séculier. D'autre part la doctrine canonique, sur la formation du lien conjugal par le seul consentement des parties, avait amené la pratique des mariages clandestins et l'abus des mariages des mineurs, contre lesquels il était nécessaire de réagir.

Ce fut sous cette double influence que certains canonistes reprirent, en l'éclaircissant, la distinction confuse du moyen âge. Leur but immédiat était l'annulation des mariages clandestins. Leur moyen, qu'ils empruntèrent aux idées protestantes, consista à dégager l'élément humain du lien conjugal, l'échange des consentements, pour en faire un contrat naturel, base et matière du sacrement et soumis aux lois d'une autorité humaine.

La situation prépondérante qu'occupait alors l'Eglise, l'appelait sans conteste à régler le contrat naturel. Mais les pères du Concile voulurent en même temps donner un fondement juridique à cette puissance de fait. Suivant certains d'entre eux (1), le mariage, contrat sécu-

(1) Leriensis; (Theiner. *Acta Genuina Concilii Tridentini*, T. II, p. 323).

lier et réglé par le prince chez les nations païennes, devient, quand il est formé entre chrétiens, un contrat ecclésiastique que seule l'Eglise a le droit de régir. D'autres pères (1) firent le raisonnement suivant : l'Eglise, puissance spirituelle et d'institution divine, est, par son origine et sa nature, supérieure aux pouvoirs humains ; or, l'Etat a le droit de régler le contrat ; donc, *a fortiori*, ce droit doit appartenir à l'Eglise.

Ces explications, en admettant un droit éventuel de l'Etat à régler le mariage, appelaient et justifiaient par avance son ingérence dans ce domaine spécial. La première faisait dépendre d'une simple situation de fait les droits du pouvoir spirituel. La seconde soulevait la question de savoir si l'Eglise, en réglant le contrat conjugal, agissait en vertu d'un droit propre, ou comme mandataire de l'Etat. Le Concile rejeta sagement la distinction proposée ; mais elle avait ouvert une source féconde de luttes entre les deux pouvoirs et de controverses entre leurs partisans respectifs.

II

Cet antagonisme entre l'Eglise et l'Etat, avant que les faits ne l'eussent rendu manifeste, devait d'abord se traduire sous forme de controverses doctrinales.

(1) Legionensis (Theiner. *Acta Genuina*, T. II, p. 326).

Jusqu'à la Révolution, en effet, l'unité de foi religieuse et politique maintint en général, en notre matière comme partout ailleurs, une certaine concorde entre les deux puissances. Aussi le pouvoir civil, en étendant peu à peu ses attributions, le fit sans hostilité ni plan préconçu.

D'une part, il se montrait ordinairement respectueux et déferent pour l'Eglise, désireux avant tout de conformer ses décisions à celles des Conciles et d'empêcher la profanation du sacrement. Dans l'ancien droit, en effet, l'union des deux pouvoirs permettait aux rois de statuer sur la discipline ecclésiastique, et c'est ainsi que, dans leurs ordonnances, le spirituel et le temporel se trouvent souvent mêlés et confondus; la puissance séculière, en réglant le mariage, agissait donc comme statuant sur la discipline de l'Eglise Gallicane.

D'autre part, dans ses revendications, toujours mesurées et prudentes, elle invoquait un vague intérêt d'Etat, sans jamais se réclamer de la distinction posée par le Concile de Trente. L'expression de « contrat » n'a dans les ordonnances aucun sens nettement défini, mais veut simplement faire entendre que le mariage est une matière civile, intéressant la société. Aussi nos rois ne prirent aucun parti dans les controverses qui s'agitaient entre les auteurs, et se contentèrent de suivre le mouvement doctrinal qui favorisait l'extension de leur puissance. C'est donc avant tout l'histoire de ce mouvement que nous avons à retracer.

La distinction du contrat et du sacrement, posée seulement à l'occasion des mariages clandestins, n'avait pas

été admise par le Concile de Trente. Les légistes la reprirent en étendant son domaine ; ils surent la faire triompher et en tirer le droit pour le prince d'établir des empêchements dirimants.

La doctrine intervint, pour la première fois, à l'occasion du mariage contracté par Gaston d'Orléans, sans le consentement de Louis XIII. Hennequin, dans un passage célèbre (1), déclara à ce propos que le sacrement n'avait point changé la nature du mariage et que cet acte restait toujours, en sa qualité de contrat civil, soumis à la puissance séculière. Mais cet auteur laissait dans l'ombre la question des attributions respectives entre les deux pouvoirs.

Launoy (2), son disciple, vint sur ce point préciser sa théorie. Suivant ce dernier, les empêchements dirimants opposés au mariage ne tombent que sur le contrat civil, et, dès lors, le prince seul a le droit de les établir. Quant à l'Eglise, son rôle se borne à l'administration du Sacrement et de la bénédiction nuptiale.

Cette thèse absolue heurtait de front toutes les traditions, et d'ailleurs était prématurée pour l'époque ; aussi rencontra-t-elle bientôt des contradicteurs. Galesius (3), notamment, soutint contre Launoy le système, admis par le Concile de Trente, de l'indivisibilité du contrat et du sacrement, et refusa au pouvoir civil le droit d'établir des

(1) Cpr. Pothier. *Contrat de mariage*, n° 14.

(2) *Regia in matrimonium potestas*. Paris, Martin, 1674.

(3) *Ecclesiastica in matrimonium potestas*. Rome, 1676.

empêchements dirimants. Cette doctrine est d'ailleurs celle qui triompha dans l'Eglise après quelques résistances, et que de récentes encycliques sont venu consacrer (1).

Entre ces deux tendances opposées, se fit jour, dans la seconde moitié du xviii^e siècle, une théorie mixte dont Gerbais (2) fut le principal représentant. D'après cet auteur, la matière du sacrement de mariage est le consentement des parties, c'est-à-dire un contrat naturel, qu'est venu perfectionner le contrat civil, dépendant du pouvoir séculier. L'Eglise et l'Etat ont dès lors un droit égal à établir des empêchements dirimants. La première a pour domaine le sacrement, et quand elle impose des conditions à sa réception, elle n'empiète pas plus sur le temporel que lorsqu'elle ordonne de chômer à certaines fêtes, ou de faire abstinence à certains jours. De son côté, le prince peut soumettre à certaines conditions de validité la formation du contrat civil, sans pour cela atteindre le sacrement dans son essence, de même que le chirurgien qui coupe le bras d'un prêtre ne porte pas la vertu de son art jusques aux ministères sacrés dont il fait cesser l'exercice.

Cette théorie présentait le seul mérite d'être un essai de conciliation entre les deux pouvoirs rivaux, qu'elle cherchait également à satisfaire. Mais elle ne sut point

(1) 66^e proposition du *Syllabus* de Pie IX. — Encyclique « *Arcanum divinæ Sapientiæ* » de Léon XIII.

(2) *Traité pacifique*. Paris, 1690.

tracer entre eux une ligne de démarcation bien nette. Dans le traité de Gerbais, le contrat et le sacrement sont des notions purement nominales, le spirituel et le temporel s'y trouvent à chaque instant mêlés et confondus. De plus, l'exercice de leurs droits égaux pouvait amener l'Eglise et l'Etat à se trouver en contradiction l'un vis-à-vis de l'autre, sans espoir de conciliation possible. L'union intime des deux puissances rendait sans doute, à l'époque, ces inconvénients imaginaires, mais un conflit devait nécessairement naître de leur désaccord futur.

La théorie de Gerbais, qui satisfaisait à la fois civilistes et ultramontains, dut son succès à ce caractère transactionnel. Mais dans le courant du XVIII^e siècle, Le Ridant (1) en montra la faiblesse juridique, et son ouvrage fut le point de départ d'une opinion nouvelle qui, plus hardie que les précédentes, proclama le pouvoir exclusif de l'Etat.

Launoy avait affirmé déjà que le mariage est un contrat civil, et que la notion de sacrement, surajoutée par Jésus-Christ, n'en changeait nullement la nature.

Le Ridant rappelle ce principe, et en tire la conséquence que tous les empêchements dirimants tombent sur le contrat, car c'est lui seul qui fait le mariage. Ces empêchements ne pourront donc être établis que par l'autorité civile. Notre auteur montre qu'il est d'ailleurs impossible de faire, entre les empêchements dirimants, le

(1) *Examen de deux questions importantes sur le mariage, concernant la puissance civile*. 1753. un V° in-4°.

partage que désirait Gerbais. La preuve en est, dit-il, que l'Eglise, quand elle veut faire des lois irritantes sur le mariage, prononce seulement sur le contrat et ne parle pas du sacrement. Par là elle laisse entendre que la distinction des deux prétendues classes d'empêchements est chimérique. Le rôle de l'Eglise se borne dès lors à bénir le mariage, à maintenir la grandeur et la sainteté du sacrement, en veillant à ce qu'il ne soit pas profané par des alliances criminelles, ou reçu dans de mauvaises dispositions. A ce titre, l'Eglise peut refuser le sacrement et rendre ainsi le contrat illicite s'il se forme malgré elle; mais son pouvoir ne va pas jusqu'à l'invalider au moyen d'un empêchement dirimant.

Pour défendre le pouvoir exclusif de l'Etat, Lorry (1), mit en avant d'autres principes. Suivant cet auteur, le contrat et le sacrement sont inséparables dans le mariage. C'est le consentement qui fait à la fois le contrat, car il en est l'essence, et le sacrement, car il en est la matière. Le mariage est donc le contrat lui-même, élevé à la dignité de sacrement. Cette conception, quoique différente de celle de Le Ridant, aboutit aux mêmes conclusions. Le contrat étant soumis par sa nature au pouvoir civil, le prince seul a le droit d'établir des empêchements dirimants, et l'Eglise ne joue dans le mariage qu'un rôle tout spirituel.

Pothier (2) vint, à la fin du xviii^e siècle, résumer

1) *Essai de dissertation, ou recherches sur le mariage en sa qualité de contrat et de sacrement*. Paris. 1760.

(2) *Traité du contrat de mariage*.

l'œuvre de ses devanciers ; sa doctrine, qui n'apporte aucune innovation, se rapproche de celle de Gerbais, en ce qu'elle donne à l'Eglise le pouvoir d'établir des empêchements dirimants sur le sacrement. Mais elle se garde de préciser la nature et l'étendue des attributions respectives des deux puissances. Par son caractère vague, cette doctrine sut plaire à tous et fut admise officiellement, jusqu'au jour où la Révolution vint changer en opposition ouverte le désaccord qui régnait déjà, sur le terrain des principes, entre l'Eglise et le pouvoir civil.

Tous ces auteurs, dans leurs conceptions diverses, s'étaient placés uniquement au point de vue des conditions requises pour contracter mariage. Mais, avec les progrès du protestantisme, la distinction du contrat et du sacrement reçut une application nouvelle.

Les partisans les plus hardis des droits de l'Etat, entre autres Lorry et Le Ridant, admettaient, nous l'avons vu, la possibilité pour l'Eglise de refuser dans certains cas le sacrement. D'autre part, le lien civil ne pouvait se former sans l'intervention d'un prêtre catholique, représentant de l'Etat. L'Eglise était ainsi maîtresse absolue de la célébration du mariage.

Jusqu'à Louis XIV, l'exercice de ce pouvoir ne fut point nuisible aux protestants, l'Etat leur permettant de se marier devant leurs ministres ; mais la révocation de l'Edit de Nantes, en rendant nécessaire l'intervention du curé, les obligea de recourir à l'abjuration pour contracter un mariage légal.

Des protestations nombreuses ne tardèrent pas à s'élever contre cette situation. Elles s'inspiraient sans doute, chez les philosophes, des idées de tolérance qui agitaient alors tous les esprits ; mais les jurisconsultes surent en outre leur donner une base juridique et réclamèrent, au nom du contrat, un mode de célébration uniforme pour tous les citoyens, sans distinction de croyance ou de culte. L'édit de 1787 consacra en partie leur doctrine, en établissant pour les protestants une forme spéciale de mariage séculier.

Le mouvement doctrinal, à la fin de l'ancien droit, avait donc abouti à ces deux résultats considérables : la reconnaissance du droit pour la puissance séculière d'établir des empêchements dirimants, et l'admission d'une forme de célébration civile, spéciale aux non catholiques. Ce fut la rupture politique entre l'Eglise et l'Etat qui amena la sécularisation complète du mariage.

III

L'œuvre législative de la Révolution fut en partie, il est vrai, le développement logique des idées précédentes. La constitution civile du clergé créait pour les catholiques réfractaires une situation analogue à celle que la révocation de l'Édit de Nantes avait faite aux protestants et le procédé dont nos anciens auteurs avaient usé pour la faire cesser servit encore, dans le même but, à l'Assemblée législative.

Les catholiques, à qui leur conscience interdisait le recours au ministère du prêtre assermenté, ne pouvaient contracter un mariage légal; on reprit alors, dans leur intérêt, la théorie du contrat civil, en étendant son champ d'application, et la loi du 20 septembre 1792 vint compléter la réforme partielle de l'Édit de 1787, en organisant pour tous les citoyens un état civil indépendant de leurs croyances religieuses. En même temps, cette loi édictait toute une réglementation nouvelle sur les conditions de fond et de forme du mariage, et consacrait ainsi le principe doctrinal du pouvoir exclusif de l'État dans la détermination des empêchements dirimants.

Cette législation n'était que l'application pratique des idées de nos anciens auteurs. Pour l'Assemblée législative comme pour l'ancien droit, l'expression « contrat civil » signifiait simplement que le mariage est un acte civil, relevant de l'État quand à sa formation et à ses conditions de validité. Mais les législateurs de la période intermédiaire allèrent plus loin, et tirèrent de l'idée de contrat les conséquences logiques qu'elle comportait, c'est-à-dire la dissolution du mariage par le consentement mutuel des époux, ou pour inexécution de leurs engagements.

Ces conséquences avaient été déjà aperçues par certains auteurs: Locke et Puffendorf, entre autres, invoquaient à leur appui les principes d'un droit naturel alors vague et confus. Elles furent, pour la philosophie du XVIII^e siècle, un thème à déclamations en faveur de la liberté et des droits individuels; en 1792, la notion de

sacrement, rejetée par la loi civile, ne pouvait plus s'opposer à leur admission.

Toutes ces causes réunies amenèrent la loi du 20 septembre 1792. « Le Comité, disait un rapporteur à l'Assemblée législative, a cru devoir accorder ou conserver la plus grande latitude à la faculté du divorce, à cause de la nature du mariage, qui a pour base principale le consentement des époux, et parce que la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière insoluble par aucune convention » (1). Ce langage nous indique l'esprit dans lequel fut votée la loi en question. Ses dispositions et leurs résultats désastreux sont trop connus pour que nous ayons à les rappeler. L'abus du divorce et les progrès de la corruption qui s'en suivirent nécessitaient une réaction énergique. Ce fut l'œuvre du Code Civil.

IV

L'organisation d'un mariage civil indépendant était la conséquence logique de la doctrine gallicane. Mais, en assimilant le mariage aux contrats ordinaires qui se forment et se rompent par le seul consentement, la législation intermédiaire s'était mise en désaccord avec le mouvement historique antérieur. Il fallait dès lors rejeter de

(1) *Rapport de Léonard Robin*, présenté à la séance du 9 septembre 1792.

l'œuvre révolutionnaire tout ce que les circonstances y avaient introduit, et la confirmer en tant qu'elle continuait la tradition de l'ancien droit.

Cette double tâche fut remplie par les rédacteurs du Code civil. D'une part, ils organisèrent une célébration civile à peu près analogue à celle de l'époque intermédiaire, et firent une refonte générale de tout le système des empêchements dirimants. D'autre part, ils remirent en honneur les conceptions de l'ancien régime sur la nature et l'essence du mariage. Le divorce, qu'ils conservèrent, ne fut point, comme en 1792, la consécration d'un principe de liberté inadmissible en la matière, mais une exception aux lois impératives du mariage, nécessitée par l'intérêt social.

L'idée de contrat fut donc reprise, en l'an XI, avec le sens restreint qu'elle avait dans l'ancien droit. Les travaux préparatoires du Code civil nous donnent d'ailleurs, sur ce point, la vraie pensée de ses rédacteurs. Quelques citations suffisent à la faire connaître.

Portalès (1), il est vrai, découvre un « véritable contrat dans l'union des sexes ».

Mais cette expression n'a dans sa pensée aucun sens bien défini. Ce contrat, suivant lui, n'est ni purement civil, ni purement religieux, puisqu'il a précédé l'établissement de toutes les religions et de toutes les lois positives. Il a son principe dans la nature même. Le mariage, en soi,

(1) Exposé des motifs de la loi relative au mariage (séance du 16 ventôse an XI).

c'est « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent
« pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours
« mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager
« leur commune destinée ». Ce contrat ne peut être
abandonné à la licence des passions, mais « les règle-
« ments des législateurs n'ont pu détruire l'essence, ni
« l'objet du mariage, en protégeant les engagements que
« le mariage suppose et en régularisant les effets qui le
« suivent. D'autre part, tous les peuples ont fait inter-
« venir le ciel dans un contrat qui doit avoir une si grande
« influence sur le sort des époux », et, ici encore, la reli-
gion n'est point venue « pour changer l'ordre de la
« nature, mais pour l'ennobler et le sanctifier ».

Dans ces explications, Portalis semble envisager le mariage comme un contrat dont les règles sont dictées par la nature elle-même, et que les lois civile et religieuse sont venues simplement consacrer et ennobler. C'est-à-dire que cet acte, dans son essence, ne dépend pas de la volonté des parties. Aussi, l'expression de « contrat » est-elle pour Portalis purement nominale. Il insiste sur la dignité et l'importance sociale du mariage, sur la grandeur des effets qui en résultent, sur le caractère moral des obligations qu'il impose, et termine en le présentant « comme le contrat le plus sacré, le plus inviolable, et « comme la plus sainte des institutions ».

Le mariage, d'après Portalis, serait un contrat de droit naturel. Le Tribun Gillet (1) semble y voir plutôt un

(1) Rapport au Tribunat sur la loi relative au mariage (Séance du 23 ventôse an XI).

contrat de droit public. Il trouve insuffisante la qualification de « pacte naturel » ou de « convention civile » donnée au mariage. C'est qu'en effet, cet acte engendre des relations multiples et intéresse au plus haut point la société et la famille. Il faut donc y voir « une institution « solennelle, un engagement social et comme un traité « public dont les époux sont à la fois les parties et les « ministres ». Ils y stipulent, non seulement pour eux-mêmes, mais pour la patrie et pour la postérité. C'est pourquoi la société des époux est « la première des « sociétés » et confond leur mutuelle existence comme dans une seule existence indivisible.

Le tribun Boutteville (1) constate que le mariage « remonte nécessairement au berceau du monde et doit sa source à la nature de l'homme ». Ses idées se rapprochent donc de celles de Portalis ; s'il voit dans le mariage un contrat civil, c'est en se plaçant au point de vue de sa formation. La bénédiction nuptiale, dit-il, doit être purement volontaire, car « un sentiment, un acte religieux . . . « ne serait plus digne de l'Etre vers lequel il s'élève, s'il « n'était pas l'émanation la plus libre de l'âme, s'il n'était « qu'un acte d'obéissance à des règlements de la puissance humaine ». Dès lors, il faut séparer du sacrement le contrat, c'est-à-dire la célébration civile, et laisser ainsi « à la plus entière liberté de chacun ce qui appartient à « des sentiments qui, plus indépendants, n'en seront que

(1) Discours prononcé au Corps législatif (Séance du 26 ventose an XI.

« plus purs et plus respectés ». Quant aux obligations qui naissent du mariage, elles sont « le langage même de la « nature ».

Nous examinerons, au cours de notre étude, ces diverses conceptions.

Mais dès à présent leur exposé suffit à nous montrer que, dans la pensée des rédacteurs du Code, le mariage s'élève bien au-dessus des accords privés ordinaires. Aussi l'ont-ils en principe déclaré indissoluble.

Nous avons cité, à ce propos, les paroles du Tribun Gillet. Ajoutons que, dans la discussion à laquelle donna lieu le projet de loi relatif au divorce et à la séparation de corps (1), les principaux orateurs se placèrent sur le terrain, non du droit pur, mais de l'utilité sociale.

Pour Treillard, le divorce est une question d'opportunité, qui doit « recevoir une solution différente suivant le « génie et les mœurs des peuples, l'esprit des siècles et « l'influence des idées religieuses sur l'ordre politique ». Il sépare le mariage des autres contrats qui tirent aussi leur existence du consentement des parties, mais qui, n'intéressant qu'elles, peuvent se dissoudre par une volonté contraire à celle qui les a formés. Dès lors, le divorce ne peut pas être admis comme un principe, mais comme « le remède d'un mal »; il pourrait être exclu d'une nation dont les mœurs seraient encore pures ou qui n'admettrait qu'un seul culte.

(1) Séance du Corps législatif du 30 ventôse an XI.

Suivant Portalis, « le véritable motif qui oblige les lois civiles à admettre le divorce, c'est la liberté des cultes ». Savoie-Rollin se range à cette idée : « La plupart des doctrines religieuses répandues en France autorisent le divorce; sous quel prétexte le leur interdiriez-vous? »

Remarquons en passant que cette raison est loin d'être décisive, et Carrion-Nisas, qui demandait un divorce restreint et mitigé, fournit contre elle le meilleur argument : « Eh quoi! Parce qu'un petit nombre peut user sans remords du divorce, vous l'offrez à tous? Alors, pour quoi n'avez-vous pas permis la polygamie simultanée? Car enfin, il peut y avoir, il y a parmi vous des hommes à qui leur religion la permet, la prescrit même ».

Quoiqu'il en soit, ce furent surtout des raisons d'opportunité qui amenèrent le vote de la loi sur le divorce.

V

Nous avons assisté au développement de l'idée de contrat, dans son principe et dans ses conséquences. De cette étude historique il importe maintenant de dégager quelques conclusions.

La doctrine de nos anciens auteurs ne présente pas un système juridique bien arrêté. La distinction du contrat et du sacrement ne fut en effet pour eux qu'un moyen indirect de restaurer le pouvoir des princes en matière de mariage. Aussi, dans leurs conceptions diverses,

la théologie a-t-elle souvent plus de part que le droit. Nous en trouvons une preuve dans la préoccupation constante qu'ils manifestent de ne pas se mettre en désaccord avec le dogme.

Les doctrines des civilistes, en effet, se heurtaient aux décisions du Concile de Trente. Anathème avait été prononcé contre ceux qui refusaient à l'Eglise le droit d'établir des empêchements dirimants (1) et prétendaient invalider les mariages contractés par les mineurs sans le consentement de leurs parents (2). Nos auteurs admirent en principe ces décisions, mais cherchèrent à en détourner le sens à l'aide d'explications subtiles empruntées toutes à la théologie.

D'après plusieurs, ces anathèmes touchent seulement à un point de discipline, et dès lors la France y reste étrangère.

Pour accorder au pouvoir civil le droit d'établir des empêchements dirimants, Launoy discute longuement sur le sens du mot « Eglise », qui, suivant lui, désigne, dans la pensée du Concile, l'Assemblée universelle des fidèles et les souverains temporels qui en font partie.

Les auteurs qui voient un point de dogme dans la validité du mariage des mineurs soutiennent que l'anathème de l'Eglise frappe seulement les protestants.

En un mot la doctrine civiliste, respectueuse des décisions de l'Eglise, se place avant tout sur le terrain théologique.

(1) Session 24, Canon 4.

(2) Préambule du décret « *De reformatione* ».

Nos anciens auteurs n'ont donc pas cherché à édifier un système juridique sur la nature du mariage. On s'explique dès lors les variations de la doctrine sur le sens et la portée de l'idée de contrat.

La distinction du contrat d'avec le sacrement n'était, pour le Concile de Trente, qu'un moyen d'invalidier les mariages clandestins et appartenait, dans sa pensée, au domaine du droit naturel. Entre les mains des civilistes, cette distinction devint une arme redoutable en faveur du pouvoir séculier. D'autre part, ils envisagèrent le contrat comme un acte civil, dont l'Etat devait régler les formes et les conditions de validité. La Révolution, enfin, prenant l'expression à la lettre, en déduisit le divorce par consentement mutuel.

Suivant les nécessités et les circonstances, l'idée de contrat appliquée au mariage eut donc trois sens distincts dans l'histoire du droit français. De cette diversité d'aspects on ne peut rien conclure touchant sa nature juridique.

Si d'ailleurs on voulait tirer, du mouvement historique, une conception précise, il faudrait rejeter, en notre matière, l'idée et l'expression de contrat. Le mariage, en effet, dans le cours de notre histoire, ne tient du contrat que le nom ; il ne fut envisagé comme tel que dans sa formation et ses conditions de validité, et la Révolution, en admettant le divorce par consentement mutuel, se mit en désaccord avec la tradition de l'ancien droit.

Celle-ci fut reprise, nous l'avons vu, par les rédacteurs du

Code civil, qui virent avant tout dans le mariage une institution uniforme, soustraite, sauf le consentement réciproque, à la volonté privée des époux.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT POSITIF ET RATIONNEL

CHAPITRE PREMIER

Formation et Conditions de Validité du Mariage.

I

Il est admis aujourd'hui que le lien conjugal, sous quelque aspect qu'on le considère, est formé par les époux eux-mêmes : le prêtre, dans la cérémonie religieuse, le maire, dans la célébration civile, ne sont que des témoins nécessaires, dont le rôle se borne à recevoir, avec des rites solennels, les consentements des parties. Le mariage, envisagé dans sa formation, revêt donc l'aspect contractuel. Ainsi l'exigent d'ailleurs le respect de la dignité et de la liberté de l'individu.

La société conjugale doit reposer sur la confiance et l'attrait mutuels, manifestations libres et sacrées de la personne ; elle embrasse la vie entière, et porte sur ce qu'il y

a de plus élevé, de plus intime dans l'être humain; elle l'engage, par ses fins, dans un ordre de devoirs supérieurs dont le sacrifice et le dévouement forment la matière. Les sentiments qui la fondent et la maintiennent, les personnalités qui en sont l'objet, le but qu'elle propose à leurs efforts, en font une société spirituelle qui, par sa nature, doit échapper à toute contrainte extérieure et nécessiter, plus que toute autre, une adhésion volontaire et réfléchie.

Mais, de ce que le mariage se forme par un échange de consentements, il ne s'en suit pas qu'il faille l'assimiler aux contrats. En effet, l'ensemble de conditions et de formalités qui le précèdent ou l'accompagnent lui donnent l'aspect d'une institution supérieure, où la religion, la société, la famille, se trouvent également intéressées. De plus, l'accord de volontés qui le constitue présente des caractères spéciaux, différents de ceux de l'accord contractuel ordinaire.

II

Sur l'aspect religieux de la question, étranger à notre sujet, nous nous bornerons à une courte remarque. La religion se trouve intéressée, dans la formation du mariage, par le lien spirituel qui engage les âmes. Aussi l'a-t-elle entouré, chez tous les peuples, à toutes les époques, de prescriptions et de rites destinés à en rehausser l'importance, à en assurer le respect. Les solennités qui accompagnent le

mariage dans les différents cultes, notamment la présence d'un ministre, témoignent, aujourd'hui encore, des mêmes préoccupations. Partout et toujours, l'humanité a discerné en cet acte un caractère unique et sacré, qui l'élève au dessus de toute autre convention privée.

Le mariage intéresse également la Société, dont il est le fondement. C'est pourquoi elle lui impose des conditions de validité spéciales, veille à leur observation, concourt à la formation du lien. Les empêchements d'impuberté, de bigamie, d'inceste, sont autant de restrictions à la liberté, légitimées par la loi naturelle et voulues par l'intérêt public.

L'intervention de la Société se manifeste encore par le droit d'opposition, dont l'ancien droit faisait une action populaire et que la jurisprudence reconnaît au Ministère public, par l'action en nullité que la loi, dans certains cas, accorde à ce dernier, et même à tout intéressé; enfin, par les solennités publiques qui accompagnent la célébration du mariage: nous insisterons quelque peu sur ce dernier point.

La doctrine explique par l'idée d'un contrat solennel la présence obligatoire et l'intervention active de l'officier de l'état civil. Cependant la loi, tout en mentionnant à ce sujet de nombreuses formalités, n'en prescrit aucune à peine de nullité. Ce silence a fort embarrassé les auteurs, qui maintenant sont à peu près unanimes à admettre que les formes substantielles requises se réduisent à la manifestation du consentement des parties devant le

maire et au prononcé par lui de leur union, au nom de la loi. Dès lors le mariage échapperait à la règle ordinaire des contrats solennels, c'est-à-dire à la rédaction par acte notarié. Seul entre tous, il exigerait la présence active d'un tiers, venant concourir à la formation du lien légal.

L'importance du contrat conjugal, la nécessité de lui assurer une publicité efficace, suffisent-elles pour justifier, à elles seules, ces exigences particulières ? Nous ne le croyons pas. Le contrat pécuniaire intéresse la société et les tiers, dans la sphère du patrimoine, tout autant que l'union des personnes, et le Code n'a cependant pas dérogré pour lui aux règles ordinaires. La loi du 10 juillet 1850 s'est contenté d'édicter certaines mesures de publicité spéciales, dans l'intérêt des tiers à qui le contrat est opposable. En ce qui concerne l'union des personnes, les publications et l'affichage à la porte de la mairie assurent sa publicité d'une façon suffisante et bien plus efficace que sa célébration par l'officier de l'état civil. La présence de cet officier doit donc s'expliquer par une autre idée.

Le cérémonial de la mairie suggère les mêmes réflexions ; accompli devant un cercle restreint de parents et d'amis, il est insuffisant pour porter le mariage à la connaissance des tiers qui rarement y assistent. Si cet acte n'est qu'un contrat, les formalités qui accompagnent sa célébration n'ont aucune raison d'être ; aussi les partisans de la sécularisation à outrance n'y voient-ils qu'un simulacre ridicule des solennités religieuses, destiné à disparaître, et récla-

ment-ils le droit pour les parties de former seules et devant notaires le lien contractuel.

Le mariage, enfin, intéresse les familles respectives des époux, entre lesquelles il crée tout un ensemble de liens, de droits et de devoirs nouveaux. C'est pourquoi elles interviennent, dans de certaines limites, par le consentement qu'elles sont appelées à y donner, par le contrôle que leur accordent les droits d'y faire opposition et d'en demander la nullité. Ici encore, la liberté des parties se trouve restreinte par des nécessités supérieures, qui passent avant toute considération d'ordre privé.

Ainsi, les intérêts de la société et de la famille sont en jeu dans le mariage. Le souci de leur sauvegarde explique et justifie les prescriptions légales. Si le mariage n'était qu'un contrat ordinaire, les formalités et les conditions qui l'accompagnent seraient autant d'entraves injustement apportées à la liberté des parties. Force est donc de voir dans leur ensemble un statut supérieur à tout ordre privé, et dans le mariage une institution supérieure à tout contrat.

III

Le consentement des époux présente, avons-nous dit, des caractères différents de ceux du contrat. Ils tiennent à son rôle spécial et restreint dans la formation du mariage.

La volonté des contractants ordinaires se meut dans une sphère d'activité très large. Ils règlent comme ils l'entendent les termes de leur acte, la nature, l'étendue, la durée des obligations qui en résultent. Aussi le contrat se forme-t-il par un accord sur des points multiples, intervenu après un débat qui en atteint toutes les modalités.

Dans le mariage, au contraire, les parties ne font que se choisir mutuellement pour mari et femme, et ce choix les soumet, nous le verrons, à un statut impératif dont ils ne peuvent modifier les termes. L'échange de leurs consentements se manifeste plutôt par leurs adhésions distinctes à l'état qu'ils veulent embrasser. Nous en trouvons la preuve dans l'article 75 du Code civil, qui présente cet échange comme une double déclaration portant sur la personne.

Aux termes de ce texte, l'officier de l'état civil « rece-
« vra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclara-
« tion qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ». Ce sont là deux actes de volonté distincts, quoique concomitants. Or, la concomitance de deux volontés n'implique pas essentiellement un lien contractuel. Elle n'en implique point dans une adoption, dans une naturalisation, et en général dans tous les accords où la volonté n'intervient que pour manifester son adhésion à un état constitué par la loi. La nature de cet état fait varier le nombre des adhésions, sans en changer le caractère spécial, et quand il met deux personnes en présence, l'accord

qu'il nécessite ne produit pas à lui seul les effets du contrat.

Sans doute un lien se crée entre les intéressés, mais leur consentement n'intervient dans sa formation que comme matière offerte à la sanction de la loi. La preuve en est qu'ensuite un consentement contraire ne le ferait pas disparaître. Les parties se trouvent ainsi liées par une volonté supérieure aux leurs, celle de la société qui leur impose le maintien de leur rapport personnel. Ce caractère du lien se retrouve dans les obligations qui en dérivent. Les parties ne les créent point, mais les acceptent comme une suite nécessaire de l'état dans lequel elles sont entrées.

En appliquant ces idées au mariage, on peut voir que la volonté des époux n'agit pas seule dans la formation du lien conjugal : ils ne peuvent ni le rompre, ni se décharger des obligations qui en résultent, ni les affecter d'une modalité quelconque, terme, condition, ou autre.

L'intervention d'une volonté supérieure est donc manifeste. Elle est reconnue par la religion, qui voit dans le mariage un sacrement. Elle est admise implicitement par le législateur, et on en trouve la trace dans l'article 75 du Code civil. Suivant ce texte, l'officier de l'état civil, après avoir reçu les déclarations des parties, prononcera qu'elles sont unies « au nom de la loi », c'est-à-dire de la puissance sociale dont il est le représentant.

Le lien conjugal, religieux ou civil, est donc formé et maintenu par l'exercice et l'effet d'une puissance supérieure, à laquelle les volontés des époux s'offrent comme

matière. En ce sens, de Bonald a pu justement écrire que ce lien est indissoluble « parce que les parties, réunies
« en un corps social, intérieurement uni par la religion,
« extérieurement lié par l'Etat, ont perdu leur individua-
« lité, et n'ont plus de volonté particulière, qui sépare,
« à opposer à la volonté sociale, qui réunit » (1). On s'explique ainsi les formes spéciales sous lesquelles leur consentement se manifeste. Mais d'autres particularités se rattachent à un ordre d'idées analogue.

Le mariage est une société spirituelle, basée sur la foi réciproque, et qui embrasse la personne et la vie entières. L'engagement des époux est donc, par essence, moral comme son objet, désintéressé comme le sentiment qui l'inspire. Sa nature et son importance, enfin, nécessitent, plus que partout ailleurs, une entière liberté dans le choix, une absence complète de contrainte dans la détermination. Sous ces trois aspects, la loi et la jurisprudence l'ont soumis à une réglementation spéciale.

Le contrat ordinaire est intéressé de part et d'autre, et la loi a tenu compte de ce mobile en faisant du dol et de la lésion, dans certains cas, une cause de nullité du consentement. Mais ces vices de la volonté ne se conçoivent pas à propos d'un acte moral, dont les parties n'entendent retirer aucun avantage pécuniaire. Aussi notre Code repousse-t-il, en matière de mariage, toute nullité basée sur la lésion d'un intérêt quelconque.

(1) *Législation primitive. Œuvres. Le Clerc. T. III. p. 166.*

Telle est l'idée qu'exprime l'adage bien connu de Loysel: « En mariage, trompe qui peut ». C'est elle aussi qui inspire les tribunaux dans leur appréciation de l'erreur sur la personne: aux yeux de la jurisprudence en effet, les erreurs sur la fortune, la condition sociale, les qualités civiles de l'un ou l'autre époux, sont indifférentes, car elles ne lèsent qu'un intérêt pécuniaire ou moral, sans porter atteinte à la personne même.

L'engagement des époux, source de la famille, les unit à jamais l'un à l'autre; il atteint leur être spirituel, la substance de leur personnalité. Cet acte apparaît ainsi comme le plus important de la vie humaine, et l'on ne saurait trop garantir la liberté des parties contre toute contrainte, toute surprise, toute arrière-pensée.

Ces diverses raisons ont amené le législateur à destituer les fiançailles de toute force obligatoire. Si en effet la promesse de mariage liait les parties, suivant la règle ordinaire, elles n'arriveraient point devant l'officier de l'état civil avec cette pleine indépendance que nécessite l'importance de leur engagement. L'inaccomplissement d'une promesse de ce genre ne donne pas lieu à dommages-intérêts, car la crainte d'une indemnité trop forte serait un moyen de contrainte indirecte entre les mains de la partie lésée. D'ailleurs la nature morale de l'engagement répugne à toute appréciation pécuniaire.

L'interdiction du mariage par procureur se rattache aux mêmes principes. La présence réelle des parties est une garantie que leur consentement est librement donné

elle est de plus nécessitée par le caractère public et personnel de leur engagement.

Ainsi, dans sa formation et ses conditions de validité, le mariage est soumis à des règles impératives et d'ordre public, qui n'existent pour aucun autre acte juridique. L'accord de volonté des époux se distingue du contrat privé, par son rôle, par sa nature, par la façon dont il se manifeste. Ces différences, déjà importantes, ne feront que s'accuser au cours de cette étude.

CHAPITRE II

Objet et fins du mariage

I

Tout contrat comprend, parmi ses éléments essentiels, « un objet certain qui forme la matière de l'engagement » (art. 1108 C. civ.), c'est-à-dire sur lequel porte l'accord de volontés des parties. Cet objet peut être, soit une chose dont on transfère la propriété, ou sur laquelle on constitue un droit réel, soit tout fait quelconque, positif ou négatif : « Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie « s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». (art. 1126 C. civ.).

Or, le consentement des parties, dans le mariage, porte sur leur personne même ; le lien se forme en effet, nous l'avons vu, par la double déclaration qu'elles se prennent

l'une l'autre pour mari et femme (art. 75 C. civ.). Si donc on veut appliquer à cet acte les règles qui viennent d'être rappelées, il faut envisager la personnalité des époux, soit en elle-même, comme une chose ordinaire, soit dans ses manifestations, comme une puissance dont les activités multiples tendent aux fins diverses de la société conjugale.

La première conception, quelque invraisemblable qu'elle paraisse, a été cependant soutenue. C'est à son partisan le plus célèbre, Kant (1), que nous en emprunterons l'exposé. Cet auteur, à côté des deux droits privés ordinaires, en admet un troisième, d'espèce mixte, qui permet à son titulaire de posséder une personne et de la faire servir à ses fins, comme si elle était une chose, mais sans toutefois porter atteinte à sa personnalité. Cette possession spéciale, sur laquelle sont fondés les rapports domestiques, ne peut s'acquérir que par le mariage. Dans le concubinage en effet, l'homme et la femme, s'unissant pour la jouissance momentanée de leurs facultés sexuelles, ne sont, l'un vis-à-vis de l'autre, que de simples instruments de plaisir. Or, la dignité humaine s'oppose à ce qu'une personne puisse ainsi servir de moyen à l'usage d'autrui. Le respect de l'individu exige dès lors que la possession soit non seulement réciproque, mais complète; il faut que les deux parties fassent d'elles-mêmes un don entier et absolu, de telle sorte que chacune soit assurée de regagner à l'égard de l'autre la personnalité qu'elle perd par cet abandon.

(1) *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*. Trad. Jules Barni p. 112 et suiv.

C'est dire que l'union de l'homme et de la femme doit avoir lieu sous la condition du mariage.

Le rapport des époux est donc, suivant Kant, un rapport d'égalité dans une possession mutuelle et complète. L'unité et l'indissolubilité du mariage découlent tout naturellement de cette conception : l'abandon de chaque époux, total et sans réserve, implique une union perpétuelle ; l'égalité de possession exige que cette union soit une, car, au cas de pluralité de liens, une personne se livre tout entière, en ne recevant qu'une fraction de l'autre qui se donne à plusieurs.

Que faut-il penser de cette théorie ? Kant, dominé par l'idée du respect de l'individu, a été amené à voir, dans les rapports sexuels, une méconnaissance de ce caractère de finalité qu'il assignait à la personne humaine. Sa conception du mariage résulte de la nécessité de concilier ces deux idées contradictoires.

Il a imaginé à cet effet une sorte de loi de talion, grâce à laquelle les époux recouvrent, l'un par l'autre, leur état personnel. Mais on ne peut voir là qu'une fiction subtile, sans base réelle : le mariage, en effet, bien loin de détruire la personnalité, l'agrandit en lui donnant son complément naturel ; d'autre part, il n'est pas une absorption des époux l'un dans l'autre, mais une association intime qui laisse subsister, dans son unité, la diversité de leurs personnes. En basant les rapports entre époux sur l'idée d'une possession réelle, Kant se condamne en outre à ne voir dans le mariage que l'aspect physiologique ; par là même, il le dégrade.

Dans la définition qu'il en donne, il ne tient aucun compte du lien spirituel : C'est, dit-il, « l'union de deux « personnes de sexe différent qui mettent en commun, pour « toute la durée de leur vie, la possession de leurs facultés sexuelles ». Un tel langage serait excusable chez un anatomiste ; on s'étonne de le rencontrer dans la bouche d'un philosophe.

Cette théorie, d'ailleurs, est fautive dans son principe même. Par sa nature spirituelle, l'homme dépasse et domine le monde inférieur des corps et sa personne est inviolable et souveraine, comme la divinité dont elle est le rayonnement et le reflet. Cette haute dignité serait méconnue s'il ne fallait voir, dans le mariage, qu'un abandon réciproque, entre conjoints, de possession ou de propriété corporelle. L'union matérielle, par elle-même, est insuffisante pour l'homme ; l'union supérieure des âmes doit venir la justifier et l'ennoblir : par elle, l'engagement des époux s'élève au-dessus des contrats vulgaires, et cette abdication apparente de leur libre pouvoir sur eux-mêmes n'en est, en réalité, que l'exercice le plus noble, le plus nécessaire et légitime. Sinon, le mariage deviendrait un esclavage déguisé, une aliénation personnelle contraire à toutes les règles du droit ; les époux se doivent, l'un à l'autre, leur cœur, leur liberté, leur vie : ce sont là biens intimes et sacrés, retirés à la circulation sociale, et non « choses dans le commerce », dont ils peuvent disposer par convention.

II

La personne des époux doit donc être envisagée, non comme une chose, mais comme la source d'activités qui s'exercent en vue des fins multiples du mariage. A ce point de vue, M. Lefebvre (1) distingue trois aspects principaux de l'association conjugale: la communauté de vie; la procréation et l'éducation des enfants; l'union des biens et du travail dans la sphère des intérêts. En laissant de côté ce dernier aspect étranger à notre sujet, on peut donc assigner au mariage deux fins essentielles: l'une, individuelle, le bonheur des conjoints, qu'ils cherchent à réaliser l'un par l'autre, dans l'union intime et totale de leurs deux vies et de leurs deux natures; l'autre, sociale, la multiplication de l'espèce, à laquelle les époux concourent en mettant au monde et en élevant les enfants qui viendront perpétuer leur personne, affermir et consacrer leur union. Si l'on considère le mariage comme un contrat ordinaire, son objet sera l'activité commune des époux dans la poursuite de cette double fin, de même que dans le louage d'ouvrage, par exemple, l'objet loué est la force productive mise en œuvre par l'ouvrier dans l'accomplissement de son travail.

Cette conception nouvelle est-elle meilleure que la précédente? *A priori*, elle semble insuffisante et peu en har-

(1) *Leçons d'introduction à l'Histoire du droit matrimonial français.*

monie avec la notion spiritualiste du mariage. Un examen plus approfondi ne fera que confirmer cette première impression.

L'objet d'un contrat productif d'obligations, la nature, l'étendue, la durée des prestations stipulées, sont déterminées par le but que poursuivent les parties. La communauté d'action entre époux, objet du mariage, empruntera donc ses caractères propres à ceux des fins pour lesquelles elle s'est constituée.

Or, ces fins sont les plus nobles auxquelles puisse aspirer l'être humain, les plus générales et les plus durables qui puissent être proposées à son effort. L'union conjugale, différente en cela des contrats ordinaires, porte donc sur les activités les plus élevées de la nature, engage la personnalité et la vie entières des époux.

Les fins du mariage sont nobles, tout d'abord, en vertu de leur caractère moral. La procréation dans l'ordre naturel, les plaisirs du cœur et des sens, ne sont que les buts secondaires et immédiats de l'union ; ils s'adressent à ce qu'il y a de moins élevé en nous, à l'être physique et sensible. C'est la nature morale et religieuse de l'homme qui fait sa grandeur et sa dignité, c'est elle qui doit inspirer et diriger ses actes. Aussi les fins dernières du mariage, ses fins véritables, sont-elles spirituelles.

L'éducation de l'enfant tend surtout à former son âme et sa conscience, à développer en lui l'être intelligent et raisonnable ; au-dessus des jouissances sensibles de l'union matérielle, les époux doivent chercher des satisfactions

plus relevées dans leur mutuel perfectionnement, dans le développement en commun de leurs facultés supérieures. Le mariage aura donc pour objet principal l'accomplissement d'actes moraux relevant de la nature spirituelle ; à ce premier titre il diffère des contrats ordinaires, dont l'objet consiste en faits simples, soit matériels, comme dans le louage de travail, soit juridiques, comme dans le mandat, et qui s'adressent uniquement à la force physique ou à l'intelligence des contractants.

La noblesse des fins du mariage réside aussi dans leur caractère désintéressé. Sans doute, les époux retirent de l'union des avantages multiples : elle satisfait cet instinct de paternité, ce besoin d'aimer et d'être aimé qui vivent au cœur de tout homme ; les parents éprouvent des jouissances profondes à diriger la formation de l'enfant, à suivre l'éveil progressif de ses facultés, à voir apparaître en lui, à mesure que s'affirment ses goûts, ses tendances, ses aptitudes, les traces de leur nature, le reflet de leur personnalité ; l'affection qu'il leur témoigne, la reconnaissance dont il les entoure, viennent adoucir ce que leur devoir a d'austère ; plus tard, l'enfant une fois formé pourra, par son aide matériel ou moral, leur être un auxiliaire utile, et subvenir à leurs besoins.

Mais ces diverses satisfactions que les époux rencontrent au cours du mariage ne sont pas le seul but auquel tendent leurs désirs et leurs efforts. Un contrat n'est qu'un équilibre de besoins qui cherchent à se satisfaire, d'intérêts qui s'efforcent de prévaloir l'un sur l'autre. L'amour doit

régler les rapports dans la famille, et en bannir tout sentiment personnel et égoïste. D'ailleurs, nous l'avons vu, le caractère moral des fins du mariage les élève bien au-dessus de la sphère des jouissances ou des intérêts. Aussi la collaboration active entre les époux est-elle avant tout basée sur le sacrifice et l'oubli de soi-même : par suite, elle échappe à toute appréciation pécuniaire, et c'est là encore un de ses traits distinctifs. Les contrats productifs d'obligations se résolvant en dommages-intérêts au cas d'inexécution de ses engagements par une des parties, il faut que la prestation visée au contrat soit susceptible d'une évaluation quelconque. Or, en matière de mariage, cette condition est impossible à remplir : peut-on calculer l'intérêt que présente pour les époux l'accomplissement de leurs devoirs moraux, ou la valeur des soins et des efforts qu'ils ont dépensés dans l'éducation de leurs enfants ? Cette idée, sur laquelle nous reviendrons du reste, explique les difficultés qu'éprouvent la jurisprudence et la doctrine à assurer l'exécution des obligations imposées aux époux.

Les fins de la Société conjugale sont en outre les plus générales et les plus durables qui puissent être assignées à l'activité humaine. Le contrat n'a qu'une vie étroite et bornée, et disparaît avec les besoins ou les intérêts qui l'ont fait naître. Aussi le fait qui en forme la matière doit-il toujours être déterminé. Cette règle est si essentielle que nous voyons le législateur faire cesser l'incertitude, au cas où elle existe, et décider, par exemple, que le mandat contracté en termes généraux comprend seulement les actes

d'administration (art. 1988, C. civ.), que l'on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée (art. 1780). En un mot, l'objet d'un contrat productif d'obligations ordinaires consiste en prestations à satisfaire par quelques actes spéciaux et momentanés, comme le but qui les inspire.

La notion de société, il est vrai, suppose des rapports plus durables, plus étendus. Toutefois, le but poursuivi par les associés ne sollicite encore qu'une partie restreinte de leurs efforts et de leurs activités. Une Société littéraire, artistique, ou commerciale, ne met en jeu, chez ses membres, que les facultés correspondantes à sa nature.

Mais l'association entre époux, qu'est le mariage, embrasse leur vie entière et comprend, sous ses facès multiples, tous les aspects de leur personnalité. Le bonheur des époux est fait d'éléments divers et complexes comme leur nature; toutes leurs aspirations, tous leurs désirs, tendent à sa réalisation; il grandira sans cesse, avec l'intimité de l'union, sans jamais satisfaire leur être insatiable, car ils le veulent sans durée ni mesure, comme cette éternité pour laquelle ils se sentent faits. L'œuvre d'éducation impose aux parents des devoirs de plus en plus étendus et complexes : bornée d'abord aux soins physiques à donner au nouveau-né, elle grandit avec l'éveil de la conscience chez l'enfant, avec l'épanouissement de ses facultés, étend son champ d'action à chaque naissance nouvelle, offre, même chez l'homme mûr, la matière d'un perfectionnement sans limites. La fondation d'une famille, la recherche

d'un bonheur sans cesse grandissant, exigent une vie entière de soins et d'efforts, de dévouement et d'affection. Par là même, l'objet du mariage et les obligations qui en naissent échappent à toute détermination certaine. Peut-on préciser l'étendue des devoirs de protection et d'obéissance? — Si, comme on doit l'admettre, la fidélité et l'assistance mutuelles ne sont pas des devoirs purement matériels, dans quelle mesure engagent-ils notre être moral, s'étendent-ils à nos pensées, à nos sentiments, aux plus secrets mouvements de notre nature? Quelles sont les limites et la durée du devoir d'éducation? — Autant de questions juridiquement insolubles, sur lesquelles la loi ne pouvait qu'énoncer des formules morales, de portée vague et générale, car elle entrait dans un domaine sacré, dans le domaine des cœurs et des consciences, qui n'a d'autres bornes que l'infini.

Que sera-ce si nous envisageons dans leur aspect social les fins et l'objet du mariage? — La collaboration active entre les époux n'a pas, en effet, pour seul terme et pour seule limite l'éducation de leurs enfants et la poursuite de leur bonheur mutuel. L'amour, qui fait régner l'unité dans la famille, est lui-même un principe d'union et d'harmonie entre tous les membres de la grande famille humaine. L'acte créateur qui fait surgir un nouvel être, fonde en même temps un foyer vital, où la société puisera ses éléments de fécondité et de rajeunissement.

Telles sont les fins sociales du mariage, les fonctions propres du couple humain dans l'ensemble de l'univers.

Par suite, l'action des époux se perpétue, après leur mort, dans le milieu où ils ont évolué, développe à l'infini ses effets et ses conséquences, dans la série des générations dont ils sont le point de départ. Le mariage apparaît ainsi comme un acte d'une portée bien autrement vaste que les contrats ordinaires, comme une société dont l'objet et les fins dépassent, en durée et en étendue, la vie et la personnalité de ses membres.

III

Tels sont les résultats auxquels nous conduit l'analyse juridique. Nous concluons, en terminant, par une dernière observation.

Le mécanisme des deux espèces de contrats est au fond identique. M. Boistel (1) a démontré qu'il se résume en un abandon par le débiteur d'une partie quelconque de sa sphère de propriété, suivi d'une occupation par le créancier de la même part : seulement ces deux actes portent, tantôt sur une chose que le débiteur prend dans son patrimoine matériel (et c'est le contrat constitutif de droits réels), tantôt sur une portion d'activité qu'il consacre au service d'autrui (et c'est le contrat productif d'obligations). Cette opération à double face laisse intacte la personnalité des parties : aussi peuvent-elles être le plus souvent substituées, dans le rapport juridique, sans que l'essence en soit altérée.

(1) *Cours de Philosophie du droit*. T. I. p. 416, et suiv.

Il en est tout autrement du mariage : les personnes mêmes des époux se trouvent engagées par leur consentement, et liées l'une à l'autre d'une manière indissoluble; ce n'est plus seulement une portion restreinte de leur activité, mais leur moi entier, corps et âme, qu'ils se promettent l'un à l'autre. Dès lors, peu importe l'aspect sous lequel on envisage leur personnalité, la nature des droits que l'on prétend créer sur elle : le contrat, dans ses deux variétés, ne serait ici qu'une aliénation personnelle, dont le moi humain formerait la matière.

Or, avec l'inviolabilité de la personne, c'est le fondement même du droit qui disparaît : Comme l'a très bien remarqué M. Boistel (1), « sur la base du devoir qui « s'impose à tout homme d'employer tous les moyens « qu'il a en sa puissance pour son perfectionnement et « celui d'autrui, s'assied le droit qui lui appartient de ne « pas être entravé dans la recherche de cette fin et dans « l'emploi des moyens qui peuvent l'y conduire ». Ce droit fondamental, source de tous les autres, s'oppose à ce que la personne puisse devenir une matière juridique utilisable au gré d'autrui. L'infanticide, la prostitution, l'esclavage, et toutes les atteintes du paganisme aux attributs essentiels de la personnalité, furent autant de conséquences de sa violation. L'idée de contrat, appliquée au mariage, conduit logiquement aux mêmes résultats. Cette idée, d'ailleurs, serait ici contradictoire à elle-même; car elle

(1) *Cours de Philosophie du droit*. T. 1, p. 82.

aboutirait à faire de la personne de chaque époux un objet et un sujet à la fois de rapports juridiques. Les deux conceptions que nous avons successivement examinées se ramènent donc l'une à l'autre, et sont également inacceptables dans leurs principes communs.

CHAPITRE III

Nature du mariage

I

La nature de toute société est déterminée par le but que poursuivent ses membres, et par les moyens qu'ils emploient à cet effet. Les caractères que nous avons relevés dans les fins et l'objet de la société conjugale détermineront donc son type naturel, et seront autant d'indications de ses éléments essentiels.

Sous ce nouvel aspect, le mariage apparaît comme une société formée pour la vie entière, entre un seul homme et une seule femme.

L'unité et la perpétuité, qui sont les lois naturelles de leur union, sont nécessitées en effet, nous allons le voir, par les fins auxquelles les époux consacrent leurs activités réunies, et résultent du lien personnel qui les unit dans cette poursuite commune.

Les fins du mariage, tout d'abord, réclament une union monogame et indissoluble. Le bonheur des époux, en effet, ne peut être complet et sans réserve, s'ils le sentent diminué par d'autres affections, ou menacé par la crainte d'une séparation prochaine. Leur amour, envahissant et exclusif, n'admet aucun partage, aucune prévision de sa fin. Si la division ou l'instabilité règnent dans la famille, l'éducation de l'enfant est compromise, ses droits et son avenir sacrifiés à ses parents, livrés aux hasards de leurs caprices et de leurs fantaisies.

L'unité et la perpétuité sont en outre l'expression du rapport naturel qui existe entre les époux. Dieu, suivant le texte biblique, créa l'homme mâle et femelle (1). La réunion des sexes est donc nécessaire pour constituer l'être humain véritable, le contraste entre leurs constitutions, physique et spirituelle, doit se résoudre dans une harmonie supérieure. L'homme et la femme sont ainsi deux individualités distinctes, appelées à se compléter l'une l'autre, et le mariage, par qui se réalise ce complément naturel, crée une personnalité parfaite, dont les éléments sont inséparables.

L'union totale et absolue répond d'ailleurs aux aspirations les plus intimes, aux vœux les plus chers des époux. Le sentiment de lacune que l'isolement fait naître en eux, l'amour qui les pousse à s'unir et à se confondre, ne sont que les manifestations de cette loi d'affinité naturelle.

(1) Genèse. Chap. I, verset 27.

L'histoire enfin la formule à sa manière en nous montrant, dans le mariage monogame et indissoluble, le terme final auquel vient aboutir l'évolution du genre humain. Citons sur ce point, en terminant, un témoignage qui ne peut être suspect : « Il est manifeste, dit Herbert Spencer (1), que « le penchant à la monogamie est devenu à la longue « inné dans l'homme civilisé, et que toutes les idées, tous « les sentiments qui sont associés à la notion du mariage, « impliquent nécessairement l'union d'un seul homme avec « une seule femme ».

Ces lois du mariage peuvent-elles se concilier avec l'idée de contrat ? Sa nature permet-elle de lui donner ce titre ? La plupart des auteurs le croient et l'enseignent, mais présentent sous divers aspects cette idée commune. Les uns voient dans le mariage un contrat privé ordinaire, réglementé à ce titre par la loi civile ; d'autres, un contrat de droit public dont l'état dicte et garantit les clauses ; d'autres enfin, un contrat de droit naturel, qui relève avant tout de la nature de l'être humain. Ces trois variétés de l'idée générale demandent à être examinées tour à tour.

II

D'après l'opinion courante, en doctrine, le mariage est un contrat privé, formé par le seul accord de volontés des parties. Or, la loi, en organisant les principaux types de contrats, a simplement voulu faciliter l'œuvre des intéres-

(1) H. Spencer. *Principes de Sociologie*. T. 2, p. 306.

sés et leur laisse pour le surplus toute liberté dans le règlement de leurs accords privés. Dès lors, les époux devraient pouvoir logiquement accepter ou modifier à leur gré le type d'union que le législateur leur propose ; en vertu de quel principe vient-il le leur imposer ?

Certains ont cru trouver un fondement aux lois du mariage dans la volonté tacite des parties. Le mariage, dit-on souvent, est contracté dans un esprit d'unité et de perpétuité, et la loi ne fait sur ce point que se conformer aux désirs probables des époux. Cette remarque est juste, mais elle peut s'appliquer aussi bien aux engagements illicites : ne sont-ils pas souvent éternels, dans la pensée de ceux qui les contractent ? Comment, dès lors, distinguera-t-on le mariage des unions inférieures que le caprice noue et dénoue au gré de ses fantaisies ? L'intention des parties est, on le voit, un criterium insuffisant. Rien d'ailleurs ne viendrait justifier sa transformation en règle absolue et universelle. Le législateur, en effet, quand il fonde un droit sur une présomption de volonté, laisse toujours place à une déclaration expresse contraire.

Si donc les époux ne peuvent se soustraire aux lois du mariage, c'est que leur volonté est impuissante à les faire naître, et que son rôle se borne à y adhérer.

La plupart des auteurs, d'ailleurs, le reconnaissent, et cherchent dans la loi même une base plus solide. M. Boistel expose et défend sur ce point la théorie commune (1).

(1) *Cours de Philosophie du droit*, T. II, p. 75. — Cpr. Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*. T. III, p. 3. — Ces auteurs cependant prennent

Tout contrat, d'après cet auteur, comporte des éléments essentiels, en dehors desquels il ne se conçoit même pas. Ainsi, les parties « ne pourraient convenir d'une « vente sans obliger l'acheteur à payer un prix en argent « et le vendeur à fournir un objet en échange ; faire une « donation avec condition potestative pour le donateur ; « constituer un gage sans mettre en possession le créancier gagiste ». En ce sens l'unité et la perpétuité sont les éléments constitutifs du contrat conjugal, et doivent se trouver, à ce titre, soustraits à l'arbitraire privé.

Sans doute, le contrat n'est pas un acte arbitraire dans toutes ses clauses, mais la liberté des parties n'est alors restreinte qu'en apparence, et M. Boistel semble le reconnaître lui-même : « Ce qu'elles peuvent faire souvent dans « les rapports d'affaires, c'est de se mettre d'accord pour « un autre contrat où la condition qu'elles veulent éviter « ne sera point essentielle. » N'est-ce pas admettre implicitement, après l'avoir contesté, le principe de la liberté des conventions ? Les parties, en usant d'un moyen détourné, finissent toujours par faire prévaloir leur volonté. Or, la chose est impossible en matière de mariage.

soin de distinguer le mariage des contrats ordinaires, où le consentement est la source des obligations qui en résultent. D'après M. Boistel, le mariage est un contrat puisqu'il se forme par un consentement libre, mais « la même liberté ne préside pas à l'organisation de cette société, dont « les lois sont imposées par la nature des choses ». M. Planiol fait une distinction analogue. Le mot mariage, dit-il, a deux sens : « on s'en sert « pour désigner tantôt la convention ou volonté de vivre ensemble, tantôt le genre de vie qui en résulte. Pris dans le second sens le mariage « n'est pas un contrat, c'est un état ».

Cette impossibilité tient, suivant M. Boistel, à ce que « l'on « ne conçoit pas une convention de même ordre entre « personnes de sexe différent ». Mais l'histoire et les principes ordinaires des contrats, semblent bien contredire cette assertion.

Historiquement d'abord, la législation romaine nous offre une grande diversité de types d'union, et de nos jours, les travaux de l'école évolutionniste établissent que la notion du mariage a constamment varié, chez les divers peuples, avec leur degré de culture morale et intellectuelle. Ceux pour qui le mariage est une institution antérieure et supérieure à l'homme ne voient dans ces conceptions diverses que les déviations du type normal primitif posé par la Genèse. Mais, aux yeux des partisans de l'idée de contrat, elles ne peuvent être que des produits de l'activité individuelle, qui fait constamment surgir, du milieu social, de nouvelles formes plus parfaites, plus appropriées à l'état présent de civilisation.

Le propre du contrat, en effet, n'est-il pas de se modifier continuellement avec le progrès des mœurs, avec l'apparition des besoins et des intérêts nouveaux ? L'évolution du gage, que M. Boistel prend pour exemple, est à cet égard caractéristique. La mise en possession du créancier gagiste est sans doute un élément essentiel du contrat, mais, dans le droit romain primitif, le transfert de propriété du gage l'était au même titre, et la législation la plus récente (1) permet de constituer, sous forme

(1) Lois du 1^{er} mars 1898 sur le Nantissement des fonds de commerce et du 18 juillet 1898 sur les Warrants agricoles.

d'hypothèques mobilières, de véritables gages sans dépossession du débiteur. Envisagé comme contrat, le mariage n'est plus dès lors qu'une notion historique, toujours variable et dont le type actuel pourra faire place, bientôt peut-être, à une forme d'union plus simple, plus libre, que laisse déjà prévoir l'abaissement des idées et des mœurs.

Rationnellement, d'ailleurs, il doit en être ainsi. Les principes ordinaires du contrat ne s'opposent point en effet à la reconnaissance, par la loi civile, de divers ordres de rapports conjugaux. Ce sont les relations multiples, nées des nécessités de la vie sociale, qui produisent et transforment, par leurs modifications, les différents types des contrats. Le législateur, en les réglementant différemment suivant les époques, ne fait donc que suivre le courant variable des besoins et des intérêts. Sauf les restrictions qu'impose le maintien de l'ordre public et des bonnes mœurs (et nous examinerons ce point tout à l'heure), les éléments essentiels du contrat sont déterminés uniquement par des considérations d'utilité privée. Or, à ce point de vue, les lois du mariage n'ont aucune raison d'être, et ce contrat comporte des variantes nombreuses : pourquoi ne pas admettre des mariages à l'essai, permettant aux époux de revenir sur une erreur funeste, et prévenant ainsi le malheur de toute une vie ? Pourquoi ne pas organiser des mariages temporaires, en faveur de ceux qui n'ont ni les désirs, ni les moyens de fonder une famille nouvelle ? Pourquoi interdire la polygamie, la

polyandrie, et cette promiscuité primitive que certaines sectes voudraient aujourd'hui faire revivre ?

Toutes ces opinions ont été soutenues, en vertu des principes naturels du contrat. « Il faut, disait Bonaparte « au Conseil d'Etat (1), que les premières années soient « un temps d'épreuve, et que, si les époux reconnaissent « qu'ils ne sont pas faits l'un pour l'autre, ils puissent « rompre une union sur laquelle il ne leur aura pas été « permis de réfléchir ». Bentham (2) demandait au législateur d'organiser des mariages à temps, reposant sur une sorte de location mutuelle : « Domestiques, soldats, ma- « telots, qui n'ont pas de demeure fixe, hommes d'un « rang plus élevé qui n'ont pas encore d'établissement, « voilà une classe bien nombreuse, qui se trouve réduite « à un célibat forcé, et en faveur de qui il faudrait légi- « timer les contrats pour un temps limité, le mariage à « terme qui est innocent par lui-même ». D'après Wolf (3), le commerce charnel est un quasi-mariage, et fait naître des obligations quasi-contractuelles, car ceux qui s'accordent mutuellement l'usage de leur corps se comportent l'un vis-à-vis de l'autre comme s'ils étaient mariés.

Puffendorf (4) émet des idées analogues. D'après lui, la convention de mariage, parfaite et régulière, comprend trois articles essentiels : une promesse de fidélité mutuelle ; une clause réciproque de cohabitation ; un engagement

(1) Cpr. Glasson. *Le mariage civil et le divorce*, p. 484.

(2) Cpr. Legrand. *Le mariage et les mœurs en France*, p. 204.

(3) *Institutions du droit de la nature et des gens*. Leide, 1772. T. V.

(4) *De officio civis*. Trad. Barbeyrac, Amsterdam, 1756, II, 2.

pris par la femme d'être soumise à son mari. Barbeyrac fait remarquer avec raison, dans son commentaire, que Puffendorf admet implicitement la possibilité d'un mariage irrégulier, mais cependant légitime et innocent en soi-même : « C'est, dit-il, lorsqu'un homme et une femme
« conviennent de s'accorder l'un à l'autre l'usage de leur
« corps pour un certain temps, sans s'engager à demeurer
« ensemble, de sorte que, le terme expiré, la Société finit,
« et les enfants qui peuvent être nés de ce commerce
« demeurent à l'homme ou à la femme selon que le porte
« le contrat ».

Toutes ces fantaisies, contre lesquelles protestent le bon sens et la morale, sont les conséquences logiques de la théorie que nous examinons. Que pourrait-on en effet leur opposer ? Des considérations d'intérêt social ? Mais à ce point de vue la loi ne doit se préoccuper que d'assurer la reproduction de l'espèce ; or l'unité et la perpétuité du mariage ne sont pas nécessaires à l'obtention de ce but : il fut atteint sous tous les régimes que le cours de l'histoire a vu naître. Le sort de la femme ? Le mariage à temps, suivant Béline (1), serait lésionnaire pour la femme, qui ne se retirerait pas de l'association sur le pied d'égalité. Mais il en est ainsi de tous les contrats, et d'ailleurs une action en dommages-intérêts peut toujours être exercée suivant les règles ordinaires. Le sort des enfants ? Sans doute la polygamie, l'union libre, le divorce sont peu

(1) *Philosophie du droit.*

favorables à une bonne éducation ; on peut cependant concevoir une réglementation spéciale, qui sauvegardera les droits et l'avenir de l'enfant, tout en permettant aux parents d'adopter le régime qui leur convient. Dans le contrat en effet, où le point de vue individuel domine, la liberté des parties n'est jamais sacrifiée complètement à l'intérêt des tiers, mais se trouve seulement restreinte dans la mesure où cet intérêt le comporte. Aussi les parents devraient-ils pouvoir la reprendre, pleine et entière, quand l'enfant est capable de subvenir seul à ses besoins.

Les lois du mariage ne peuvent donc se justifier par les considérations d'intérêt ou d'utilité qui déterminent ordinairement les éléments essentiels des contrats. Peut-on les considérer comme des clauses intéressant l'ordre public ou les bonnes mœurs, et soustraites, dès lors, à la volonté des époux ?

Tout d'abord, il faudrait déterminer le sens de ces expressions. Or, leur vague et leur imprécision prêtent à des interprétations nombreuses, et souvent mêmes contradictoires. L'ordre public, qui s'opposait dans l'ancien droit à l'admission du divorce, fut invoqué par le législateur de 1792 en faveur de la dissolution du mariage par consentement mutuel. L'union libre, où la doctrine voit une convention illicite, est aujourd'hui revendiquée au nom du droit et de la morale, qui interdisent les engagements à vie. De sorte que les principes d'ordre public, sur lesquels plusieurs veulent établir les lois du mariage, doivent, d'après certains autres, conduire à sa suppression.

Ces contradictions montrent, mieux que nous ne saurions le faire, les conséquences dangereuses de l'idée que nous examinons. La notion de l'ordre public, en effet, est variable, elle aussi, comme le degré de civilisation et de moralité sur lequel elle se détermine. C'est ainsi que la recherche de la paternité, admise en ancien droit, puis sévèrement interdite par la législation moderne, reprendra peut-être place dans nos Codes, sous la poussée des opinions et des circonstances. Une conception nouvelle de l'ordre public peut, au même titre, y introduire le mariage temporaire, destiné, suivant Bentham,⁶ à réprimer le concubinage, ou le mariage à l'essai qui devait, dans l'esprit du premier Consul, enrayer la pratique du divorce et assurer la stabilité du foyer conjugal. La législation et la jurisprudence d'un peuple, en matière de contrats, sont toujours appropriées à son degré de moralité, et permettent souvent le mal, en vertu d'une sorte de tolérance nécessaire. Dès lors les lois du mariage, considérées comme notions d'ordre public, se régleraient uniquement sur ce niveau moral, tandis qu'elles doivent, au contraire, s'opposer à son abaissement.

C'est donc toujours suivant le courant des idées et des mœurs que se déterminent et se modifient les règles d'ordre public et les éléments constitutifs des contrats. D'autre part, cette instabilité est contraire à la nature même du mariage, dont les lois doivent reposer sur une base immuable et placée hors des atteintes de l'opinion publique. Le mariage monogame et indissoluble est donc

inexplicable par les principes ordinaires du contrat. Nous ajouterons qu'ils sont impuissants à le légitimer.

La loi ne conserve sa faveur aux relations sexuelles que lorsqu'elles ont lieu entre époux. Mais le mariage, s'il n'était qu'un contrat sujet aux variations et aux modalités que nous avons décrites, ne se distinguerait pas essentiellement du concubinage et de ses formes multiples, et la nature licite ou illicite des rapports sexuels dépendrait de la seule volonté du législateur. Or celui-ci ne fait, à vrai dire, que formuler en notre matière des notions primordiales de morale et de droits naturels ; il ne peut que conférer des titres positifs au mariage légitime par lui-même, tel que nous l'avons défini. Sinon l'union conjugale ne serait jamais qu'un concubinage légalisé, et sa distinction d'avec les unions inférieures, purement nominale et arbitraire de la part de la loi civile, pourrait toujours être contestée au nom des principes du contrat.

Écoutons sur ce point les réflexions de Bentham (1). Il s'étonne que le législateur ait suivi l'opinion commune, d'après laquelle « l'idée de vertu est associée avec celle de « ce contrat (le mariage) quand il est d'une durée indéfinie, et l'idée de vice quand il est limité par le temps ». Et il ajoute cette remarque, juste à son point de vue : « Que « dire de cette différence ? La durée de l'engagement peut-elle changer du blanc au noir l'acte qui en est l'objet ? »

La théorie du contrat privé ne peut donc ni expliquer

(1) *Traité de législation*. T. II, p. 265.

ni légitimer le mariage. Sans doute, M. Boistel a pu dire avec raison que « l'on ne conçoit pas une autre convention de même ordre entre personnes de sexe différent ». Mais cette opinion ne peut être justifiée que par des principes supérieurs à ceux du contrat ordinaire.

III

Certains auteurs ont cru les trouver dans la notion d'un contrat de droit public, qui rentrerait, à raison de son importance, dans le domaine et les attributions de l'État. Mais cette idée est contradictoire en elle-même, car le contrat relève de la seule loi civile, et ne met en jeu que des intérêts privés. En admettant même d'ailleurs qu'elle soit exacte, on ne pourrait pas l'appliquer en notre matière. La famille, en effet, existe antérieurement à l'État, dont elle est le principe et le soutien. Celui-ci est la dernière des institutions, dans l'ordre rationnel et historique, et n'a d'autre raison d'être que le besoin de protection des individus et des groupes qui l'ont constitué par leur réunion. Ces êtres, individuels ou collectifs, obéissent à des lois naturelles, antérieures à la naissance de toute législation civile. Le mariage a donc une constitution primordiale, dont l'État ne peut pas se dire l'auteur, puisqu'elle est la condition même de son existence. Son rôle se borne à lui donner sa formule extérieure et publique, à en assurer, par ses prescriptions, le respect et le maintien.

Le mariage ne peut donc pas tirer d'un contrat de droit public sa légitimité et sa raison d'être. Cette théorie, d'ailleurs, est des plus dangereuses, par les conséquences logiques qu'elle comporte. Le pouvoir abusif qu'elle met entre les mains de l'État rend faciles et possibles tous les despotismes. Celui-ci, n'envisageant le mariage que dans son but social, la multiplication de l'espèce, est amené fatalement à régler en ce sens les rapports conjugaux, à sacrifier aux intérêts de la reproduction le bonheur et la dignité des époux. Le mariage, ainsi dénaturé devient une sorte de fonction sociale, soumise, dans son exercice et ses résultats, à la réglementation et au contrôle arbitraires des pouvoirs publics.

Ces conséquences se sont manifestées au cours de l'histoire. Les idées que nous venons de mentionner furent soutenues par les législateurs du paganisme. Platon (1), qui fait rentrer le mariage dans les attributions de l'État, ne lui voit d'autre objet et d'autre but « que le bien de la République ». Il en arrive ainsi à organiser toute une législation monstrueuse, qui subordonne à ce mystérieux intérêt public les droits et la liberté des citoyens. Il condamne à mort les enfants malades ou mal venus, décrète l'éducation en commun par l'État, admet la promiscuité des sexes et la communauté des femmes entre guerriers. Le mariage, la paternité, sont pour lui des fonctions civiques, dont l'État règle en détail l'accomplissement. Il

(1) *République*. Livre 5.

doit, à ce titre, accorder des avantages aux citoyens qui auront eu beaucoup d'enfants, frapper les célibataires de pénalités rigoureuses, n'admettre l'union des sexes que pendant la période la plus favorable à la propagation de l'espèce, etc., etc.

Il n'est pas besoin, d'ailleurs, de remonter au paganisme. Les doctrines socialistes poursuivent aujourd'hui la réalisation de ces dangereuses utopies. Elles furent soutenues dans un ouvrage, célèbre par le scandale que souleva son apparition (1). Comme il n'a rien perdu de son actualité, quelques citations ne seront pas inutiles.

A l'exemple de Platon, M. Naquet voit dans la famille un organisme inutile et même gênant pour la société : « Plus « fortement est constituée la famille, plus les traditions « sont difficiles à détruire, plus le progrès est lent ». Dès lors, il faut la remplacer par la tutelle artificielle de l'Etat, et changer l'organisation du mariage. « Dans l'avenir, « le pivot de la famille ne sera plus le père, ce sera la « mère, la mère seule, qui pourra laisser son nom aux « enfants, et qui, pendant leurs premières années, aura sur « eux certains droits limités » (2). La société devra, par une subvention annuelle, l'aider à élever son enfant. Après le premier âge, celui-ci sera envoyé à l'école nationale, où il recevra l'enseignement primaire. Puis on le dirigera, suivant ses aptitudes, dans les diverses branches de

(1) Naquet. *Religion, propriété, famille.*

(2) Cpr. E. de Girardin. *La liberté dans le mariage par l'égalité des enfants devant la mère.*

l'enseignement public. Son éducation terminée, l'individu recevra de la société un certain capital, et celle-ci, désormais, cessera de s'occuper de lui. Cette suppression de la famille « résoudrait l'antinomie propriétaire ; chacun « entrerait dans la vie avec un capital sensiblement le « même... En même temps, elle accroîtrait la liberté de « chaque individu par la destruction des entraves que le « mariage entraîne ; elle permettrait à l'amour de se « manifester librement et d'assurer le perfectionnement « de l'espèce sans épidémies et sans misères ».

Ainsi se trouve substitué, à l'ordre que la nature a établi dans les rapports de famille, un mécanisme artificiel réglé par la toute puissance des pouvoirs publics. Cette ingérence de l'Etat dans le domaine du mariage et de la famille n'est que la conséquence de son droit de réglementer le contrat. Nous avons vu la théorie précédente aboutir, en dernière analyse, à l'arbitraire des volontés privées. La suppression de la liberté individuelle est le résultat final de celle que nous venons d'examiner.

IV

Il nous reste à voir un dernier système, très en faveur chez les théologiens et les jurisconsultes catholiques, et qui, suivant eux, respecte la liberté des époux, tout en soustrayant le mariage à l'arbitraire des pouvoirs civils.

D'après ce système, le mariage est un contrat, puisqu'il se forme librement entre les parties, mais les lois de leur union sont déterminées par la nature, qui l'a faite une et indissoluble. Dès lors, les contractants doivent la vouloir telle, et le législateur ne peut l'organiser autrement.

Ce système, comme le précédent, renferme en lui-même une contradiction. Sans doute, la loi civile considère aujourd'hui l'établissement ou le transfert d'un droit comme les résultats d'un contrat, comme les effets directs d'un acte de la volonté humaine. Mais, d'après la loi naturelle, le contrat ne peut pas être la raison constitutive d'un droit. Le droit, en effet, est le fond et la substance même du contrat ; ce dernier est simplement la forme par laquelle le droit est reconnu et précisé entre les contractants, le moule juridique sur lequel il se modèle, en quelque sorte, en s'adaptant à leurs convenances spéciales. Le contrat est donc une création civile, et suppose l'existence antérieure du droit qui en est la matière.

Mais en admettant même qu'il existe des contrats de droit naturel antérieurs à la loi civile, ils doivent changer d'aspect dès qu'ils sont reconnus par cette dernière. On ne peut admettre en effet la coexistence de ces deux droits dans une législation positive. Par le fait même de sa transformation en loi civile, la loi naturelle perd tout caractère juridique. Le contrat, prévu et organisé par le législateur, cesse d'être régi par le droit naturel, et ses divers éléments se fusionnent pour ne plus former qu'un type unique.

Comment préciser d'ailleurs les règles d'un contrat de ce genre? Ses partisans prétendent qu'il offre aux lois du mariage un fondement plus stable et plus solide que le contrat civil: dans cette pensée, Gerbais en fit même la matière du sacrement. Le droit naturel, il est vrai, est immuable en lui-même, mais il varie suivant les conceptions des philosophes et le degré de civilisation des peuples. Chaque auteur a sa notion propre de cet idéal juridique, chaque nation cherche, par des moyens différents, à le réaliser et à le traduire en loi civile.

Les discussions philosophiques sur le droit naturel amènent autant de systèmes que d'individus. C'est au nom de ce mystérieux idéal que Rousseau réclamait le retour à l'état sauvage et aux mœurs de l'humanité primitive. Locke, Bentham, Puffendorf, l'invoquèrent, nous l'avons vu, en faveur du mariage libre et de l'égalité des sexes, et n'admirent d'autres règles naturelles que celles que l'individu se donnait librement à lui-même, en suivant les lumières de sa raison. D'autres confient à la loi religieuse le soin de formuler le droit naturel et de régler suivant lui le mariage. Droit historique, droit rationnel, droit divin, autant de conceptions sur la loi naturelle, autant de titres invoqués par leurs auteurs pour régler le contrat conjugal, autant d'organisations différentes de ce contrat.

Ce n'est donc pas sur une base aussi instable que l'on peut faire reposer les lois du mariage. Les partisans du contrat naturel soutiennent encore que leur théorie permet

d'éviter l'arbitraire du législateur. Mais la constatation que nous venons de faire suffit, seule, à détruire cette nouvelle assertion.

Le droit naturel est un domaine vague et idéal que chaque auteur délimite à son gré, sur lequel chaque pouvoir extérieur a un droit égal d'appropriation.

Quel titre humain l'Église pourrait-elle invoquer pour le soumettre à sa puissance, à l'encontre de l'État ? « S'il « est vrai, disait l'avocat général Talon dans l'affaire « Lhuillier, qu'il y ait des contrats qui soient purement « de droit naturel, le fils de Dieu n'a point attribué aux « apôtres ni à leurs successeurs le pouvoir d'en juger la « validité à l'exclusion des princes et des magistrats. » La loi naturelle donne même à l'État, en cette matière, un pouvoir exclusif, car le contrat rentre dans le domaine temporel de ses attributions ; de plus « reconnaître dans « le mariage un contrat naturel, indépendant du droit « civil, ce serait reconnaître dans les citoyens une « indépendance des lois, par rapport à un de leurs « objets les plus importants, qu'on ne saurait admettre « sans introduire un monstre dans l'ordre de la société « civile » (1).

La théorie du contrat naturel se réfute d'ailleurs elle-même. Si les lois du mariage sont déterminées par la nature, si le rôle des époux se borne à les adopter, elles ne peuvent pas dériver d'un contrat. Il est inutile d'introduire

(1) Lorry. *Essai de dissertation*, p. 34.

ici la fiction d'une volonté obligatoire qui viendrait leur donner naissance : un tel acte de volonté ne peut produire aucun effet juridique.

Nous rappellerons, pour conclure, l'idée que nous exposions au début de ce chapitre, et que nous avons cherché, dans cette discussion, à mieux mettre en lumière : le mariage est une société naturelle, antérieure à la naissance de tout pouvoir humain, et dont aucune volonté, aucune loi ne peuvent changer le type immuable. Le consentement des époux ne l'atteint pas dans son essence, mais porte seulement sur sa formation.

CHAPITRE IV

Effets du mariage.

L'effet de tout contrat est d'engendrer des droits et obligations qui ont leur source première dans la volonté des parties.

Ces droits et obligations sont déterminés en nature, en durée et en étendue, par la prestation à laquelle ils se rapportent.

Ils reçoivent enfin la sanction d'une contrainte directe, ou, à défaut, de dommages-intérêts.

Ces trois règles sont-elles applicables à notre matière ?

I

Le mariage engendre bien sans doute des droits et obligations, mais ils ne découlent pas de l'accord consensuel intervenu entre les parties. Celles-ci n'ont fait que se choisir

mutuellement pour entrer dans un certain ensemble de relations nouvelles. Aux qualités d'époux, de père, d'enfant, etc., que ces relations déterminent, sont attachés des droits et des devoirs dont le principe est dans la nature même. Aussi forment-ils, au regard de la loi civile, un statut impératif et intangible, sur lequel leur volonté n'a aucune prise. Telle est l'idée générale que nous chercherons à mettre en lumière, par un examen des trois ordres de relations auxquelles donne naissance le mariage.

Entre époux, tout d'abord, il existe certains devoirs que toutes les nations ont inscrites dans leurs Codes (1). Ce sont, dans le nôtre : les devoirs communs de fidélité, secours, assistance, cohabitation (art. 212 et 214), les devoirs spéciaux de protection pour le mari, d'obéissance pour la femme (art. 213). S'ils dériveraient directement d'un contrat, la volonté des parties pourrait les en exonérer, ou en modifier la teneur. Or il n'en est rien : la loi civile les impose à titre d'obligations légales attachées à l'état d'époux.

Le droit positif, sur ce point, est en parfait accord avec les données de la raison. Trois titres, en effet, peuvent donner naissance aux obligations énumérées plus haut : le contrat ; l'ordre public ; la loi naturelle. Or, le dernier seul, nous allons le voir, est rationnel et conforme à la nature du mariage.

(1) Notons cependant une certaine tendance à l'amoindrissement de la puissance maritale. Elle apparaît dans les dispositions de l'avant-projet du Code fédéral Suisse, qui vient d'être publié (art. 183 à 191 ; 190 à 199). Récemment aussi, le conseil d'Etat de Norvège s'est prononcé pour la suppression de la formule d'obéissance.

La première opinion fut soutenue par Puffendorf (1). Suivant lui, l'égalité de l'homme et de la femme s'oppose à ce qu'ils puissent avoir l'un sur l'autre une autorité ou un droit naturels quelconques. La puissance maritale, la communauté de vie, la fidélité et l'assistance mutuelles, ne peuvent donc résulter que de clauses conventionnelles. Les mêmes principes servent aujourd'hui de base aux revendications féministes. Si en effet le mariage n'est qu'un accord privé, ses clauses doivent être librement débattues entre les parties, sur le pied de l'égalité juridique, et les droits et devoirs des époux sont autant de créations du législateur, contraires à cette liberté qui est la loi ordinaire des contrats.

La théorie qui voit dans ces droits et dans ces devoirs les clauses obligatoires d'un contrat public n'échappe pas davantage au reproche d'arbitraire. Elle sacrifie la liberté des époux à des nécessités sociales dont l'Etat sera le seul juge ; elle fait dépendre la nature et l'ordre de leurs rapports de considérations d'utilité et d'intérêt publics variables suivant les époques et les législations ; elle justifie enfin l'ingérence de l'Etat dans les questions intimes réservées à la conscience, sa main-mise sur un domaine privé, où la morale seule devrait dicter ses lois (2). Les

(1) *Le droit de la nature et des gens*. Trad. Barbeyrac, 1771. T. II, p. 192 et suiv.

(2) Cpr. notamment la loi prussienne de 1874 : art. 178 : « Les époux ne peuvent se refuser le devoir conjugal » (art. 179) « mais il ne saurait être exigé lorsqu'il peut devenir nuisible à la santé de l'un ou l'autre époux » (art. 180). « Les femmes qui nourrissent leurs enfants sont en droit de refuser le devoir conjugal ».

droits et les devoirs des époux, d'ailleurs, ne peuvent pas tirer d'un statut d'ordre public leur naissance et leur force obligatoire. L'établissement de l'Etat, en effet, suppose, nous l'avons vu, la constitution antérieure du mariage et de la famille, et la nature a dû précéder sur ce point l'œuvre de la loi civile.

On se trouve ainsi amené à chercher dans la loi naturelle le fondement des obligations entre époux. C'est à ce point de vue du reste que se sont placés les rédacteurs du Code civil : « On a très bien observé, dit à ce sujet Portalis (1), que l'homme et la femme ont partout des rapports et partout des différences. Ce qu'ils ont de commun « est de l'espèce, ce qu'ils ont de différent est du sexe. « Ils seraient moins disposés à se rapprocher s'ils étaient « plus semblables. La nature ne les a faits si différents « que pour les unir. Cette différence qui existe dans leur « être en suppose dans leurs droits et dans leurs devoirs « respectifs. Ce ne sont point les lois, c'est la nature « même qui a fait le lot de chaque sexe ». Suit l'exposé des rapports entre époux, basés sur cette idée générale.

Ainsi l'égalité de l'homme et de la femme est, non pas absolue, mais proportionnelle : l'identité de l'espèce et les différences des sexes créent entre eux des rapports de similitude, dont le mariage est l'expression la plus parfaite. Ils se traduisent alors par un lien intime où subsistent les diversités de deux personnes dans l'unité d'une nature

(1) Exposé des motifs de la loi relative au mariage (séance du 16 ventôse an XI).

commune. Ces deux aspects du lien conjugal se retrouvent dans les effets qui en résultent. De son unité naturelle dérivent les droits et devoirs communs aux époux. Les diversités de leurs personnes déterminent leurs rôles respectifs dans l'association conjugale, et les obligations qui s'y rattachent.

Les effets du mariage, entre les époux, sont donc le résultat du lien naturel qui les unit. Nous allons retrouver le même fondement aux droits et aux devoirs qu'engendre la paternité.

On peut les rattacher tous au devoir d'éducation, que notre Code mentionne en ces termes : « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants » (art. 213). Les auteurs sont unanimes à critiquer la rédaction de cette formule. Le devoir d'éducation en effet ne peut pas naître d'un contrat entre époux : Il incombe, en dehors du mariage, aux père et mère illégitimes; il subsiste, même après le divorce, à la charge des époux; il passe enfin sur la tête du survivant, à la dissolution du mariage par la mort de l'un d'entre eux. Ces trois règles montrent bien qu'il ne peut s'agir ici d'une obligation contractuelle. Les effets d'un contrat, d'ailleurs, ne s'étendent qu'aux parties en cause, et « l'on ne peut en général s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même » (art. 1119).

Certains auteurs, il est vrai, ont fait intervenir la théorie de la stipulation pour autrui. La loi permet de « stipuler

« au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une « stipulation que l'on fait pour soi-même » (art. 1121). L'enfant, dès lors, serait le tiers bénéficiaire d'une clause accessoire stipulée en sa faveur. Mais ce tiers, au moment du mariage, n'existe pas encore : on ne peut donc guère comprendre la formation d'un droit à son profit. La jurisprudence, il est vrai, admet, pour des raisons d'utilité pratique, la validité des contrats passés au profit de personnes non encore conçues. Mais il faut tout au moins qu'elles soient déterminables, que l'on puisse concevoir la possibilité de leur existence future. Or, en notre matière, l'indétermination du tiers bénéficiaire serait absolue : rien ne fait prévoir que le mariage sera suivi d'enfants, et d'ailleurs il dépend toujours des époux de le rendre stérile. Dès lors, il semble impossible d'admettre que les époux créent un droit au profit d'autrui, lorsque la détermination de ce droit et de son titulaire dépendent de leur seule volonté.

La stipulation pour autrui d'ailleurs est, en sa qualité de contrat, toujours facultative, et les parties en règlent librement les termes. Or les époux ne peuvent, ni s'exonérer des devoirs relatifs à l'éducation, ni en modifier la teneur. Ils naissent d'une clause que leur volonté est obligée de consentir. Dès lors, l'hypothèse d'un contrat est ici une fiction inutile.

Ceux pour qui le mariage est un contrat de droit public font de cette stipulation relative à l'enfant une clause imposée aux époux par le pouvoir politique. Ainsi,

d'après de Bonald (1), l'Etat intervient par ses officiers dans le contrat d'union, parce qu'il représente l'enfant à naître dont il stipule les intérêts. Mais cette théorie est juridiquement insoutenable. L'officier de l'état civil se borne à recevoir les déclarations des parties, et ne joue aucun rôle actif dans la formation du lien qui se noue entre elles seules. On ne peut d'ailleurs concevoir la représentation d'un tiers qui n'est même pas encore conçu. Enfin, le mariage étant antérieur à l'Etat, dans l'ordre rationnel et historique, le pouvoir de représentation de ce dernier ne reposerait sur aucun titre. On doit, pour les mêmes raisons, rejeter l'idée de Portalis, d'après laquelle le mariage est « un engagement inviolable stipulé au profit de l'Etat, au profit de la société générale du genre humain ». Cette définition, qui rabaisse le mariage au rang de fonction civique, vient justifier les réflexions que nous suggérerait l'examen de la théorie du contrat public.

La plupart des philosophes font résulter les devoirs relatifs à l'éducation, soit d'un quasi-contrat, soit d'un contrat tacite entre parents et enfants. Ainsi, d'après Wolf (2), la procréation est un fait personnel, qui oblige les parents à conserver et à développer la personne de l'enfant qu'ils ont mis au monde. Mais le fait qui donne naissance à un quasi-contrat doit, pour produire des effets juridiques, être volontaire et licite. Or, la procréation, en

(1) *Du Divorce considéré au XIX^e siècle* Œuvres, Le Clère, T. V, p. 177 et s.

(2) *Institutions du droit de la nature et des gens*. Leide 1772. T. V.

dehors du mariage, ne réunit jamais ces deux conditions. Le système de Wolf conduirait à admettre, par exemple, que la mère, victime d'un viol, n'a aucune obligation vis-à-vis de son enfant. Personne cependant ne songe à soutenir que les parents naturels peuvent se soustraire aux devoirs que la génération leur impose.

Puffendorf (1) voit dans ces obligations le résultat d'un contrat tacite entre parents et enfants. Mais alors, quelle serait l'étendue de la volonté qu'on suppose avoir été manifestée par les premiers et agréée par les seconds ? Quelle portée ont-ils entendu donner à leur accord et aux obligations qui en dérivent ? Ces questions sont embarrassantes, et de fait les partisans de cette théorie ne peuvent pas expliquer les particularités que présente l'exercice du pouvoir paternel. Les parents, en réalité, dictent seuls leurs volontés dans ce soi-disant contrat tacite, et l'enfant ne fait que se soumettre à leur direction. D'ailleurs, il n'est pas en état d'y donner son consentement : il faudrait le supposer à la fois assez intelligent pour sentir ses besoins et sa faiblesse, assez faible de corps et d'esprit pour ne pouvoir se suffire à lui-même. N'y a-t-il pas là une contradiction dans les termes et une impossibilité manifeste ? Enfin, même si les parents ne remplissaient pas leurs devoirs, ceux des enfants n'en subsisteraient pas moins, et ni les uns ni les autres, ne peuvent, en tous cas, s'en décharger par un commun accord.

Les droits et devoirs relatifs à l'éducation ne peuvent

(1) *Le droit de la nature et des gens*. Trad. Barbeyrac, 1771. Liv. VI. Ch. I.

donc naître ni d'une clause obligatoire d'un contrat public, ni d'un contrat privé soit entre époux, soit entre eux et leurs enfants : ils résultent du lien naturel qui les unit par la génération. La nature a dicté les lois de leur rapport, leur affection mutuelle les porte à les accomplir, la nécessité même leur en fait un devoir : dès lors, à quoi bon recourir à une convention tacite, dont le seul rôle se bornera à les constater ?

L'hypothèse d'un contrat, enfin, serait insuffisante à expliquer les effets du mariage qui s'étendent au delà des parties en cause, et sont le résultat de l'alliance et de la parenté. Chaque époux se rattache à une famille, dont le passé traditionnel survit et se continue en sa personne, dont les membres vivants lui restent toujours unis par les liens du sang, par une communauté idéale de droits et de devoirs, d'affections et d'intérêts. Son mariage, en le faisant entrer dans la famille de son conjoint, l'engage dans un nouvel ensemble de liens naturels et moraux. L'union des époux est elle-même le point de départ d'un groupe distinct dont les membres, à leur tour, augmenteront le patrimoine héréditaire, multiplieront les relations nouvelles. Par le rapprochement qu'il crée entre familles, par le développement de l'espèce dont il est le point de départ, le mariage fait ainsi naître des obligations et des droits multiples, qui dépassent, en durée et en étendue, le cercle restreint des rapports entre époux.

II

Les effets d'un contrat sont, avons-nous dit, déterminés, en nature, en durée, et en étendue, par la prestation à laquelle ils se rapportent. Un louage de travail, par exemple, donnera naissance à des droits et obligations variables suivant la nature physique, intellectuelle, juridique... de ce travail, plus ou moins durables et étendus suivant la somme de temps et d'efforts que requiert son accomplissement. Les effets d'un contrat sont donc toujours en rapport avec son but et son objet. Or, le mariage, étudié sous ces deux derniers aspects, nous est apparu comme un acte différent des contrats ordinaires par sa nature morale et désintéressée, par sa portée durable et générale. Les droits et obligations qui en dérivent doivent donc présenter les mêmes caractères distinctifs, dans leur accomplissement et dans les sanctions qui les garantissent.

En cas d'inexécution par l'une des parties de ses engagements, l'autre peut, ou en poursuivre l'exécution forcée si elle est possible, ou faire résoudre le contrat en obtenant des dommages-intérêts quand son inexécution lui cause un préjudice (art. 1184). Mais l'exécution forcée est ordinairement impossible en ce qui concerne les obligations ayant pour objet un fait : « *Nemo præcise cogi potest ad factum* » (art. 1142).

Kant, d'après qui le mariage est un contrat constitutif de droits réels, admet en conséquence l'exécution forcée

des devoirs de famille, et permet, par exemple, au mari de reprendre, par la violence, possession de la femme ou de l'enfant qui se sont soustraits à son pouvoir, comme le ferait un propriétaire à l'égard de sa chose ou de son animal. Mais nous avons rejeté cette théorie, contraire à la dignité de la personne ; le mariage, à supposer qu'il soit un contrat, ne peut créer que des obligations. Les sanctions qu'y apportent la loi et la jurisprudence permettent-elles de lui donner ce titre ?

Les obligations entre époux, tout d'abord, leur sont purement personnelles. En cas d'inaccomplissement de l'une d'entre elles, les règles du contrat ne donnent donc à l'époux lésé d'autres ressources que la résolution du mariage et l'obtention de dommages-intérêts. Une obligation contractée *intuitu personæ* ne peut en effet être exécutée, ni par un tiers qui ne réunirait pas les conditions requises du créancier, ni par le débiteur à la liberté duquel l'emploi de la violence porterait atteinte. Or, la jurisprudence, dans ses décisions, s'écarte en principe de ces règles. Elle a, pendant longtemps, ordonné en ces matières l'emploi de la force publique, notamment pour assurer l'exécution du devoir de cohabitation. Actuellement, la pratique des astreintes lui sert à organiser tout un système de pénalités civiles, frappant l'époux coupable dans ses biens, et destinées à exercer sur sa volonté une contrainte au moins indirecte. C'est reconnaître que les devoirs entre conjoints sont moraux et perpétuels de leur nature, et que leur inaccomplissement ne peut ni en décharger les époux,

ni donner lieu à des dommages-intérêts. Nous avons vu qu'en effet ils ne sont pas évaluables d'après les règles ordinaires du contrat, et supposent une communauté d'existence qui embrasse toute la vie.

La loi, cependant, fait de la violation du devoir de fidélité une cause de divorce, et, sous les expressions « excès, sévices et injures graves », permet de comprendre toute violation des devoirs conjugaux. Mais il est facile de voir que, dans la pensée du législateur, le principe du divorce n'est pas celui de la résolution d'un contrat pour inexécution des engagements.

Les contractants ordinaires prévoient et règlent à l'avance, comme ils l'entendent, l'inaccomplissement de leurs obligations et la dissolution de leur contrat. Ils peuvent faire dépendre celle-ci d'un événement quelconque, ou stipuler qu'elle aura lieu de plein droit, sans intervention du juge, ou bien encore soumettre à certaines conditions l'exercice de l'action en résolution. Ces règles, au contraire, sont inapplicables au mariage : le divorce ne peut pas être prévu par une condition résolutoire, ou librement réglé par les époux ; il exige une procédure spéciale, où la volonté du législateur se substitue à celle des parties, l'accomplissement de formalités multiples et minutieuses, nécessitées par l'importance sociale du mariage.

Un contrat ordinaire est résoluble pour inexécution d'un engagement quelconque. La loi formule ce principe de la manière la plus large (art. 1184). La jurisprudence l'ap-

plique même au cas où le mauvais vouloir du débiteur ne lui est point imputable, et provient d'un cas fortuit ou d'une force majeure. D'ailleurs, quand la prestation promise est indivisible, les tribunaux n'ont point à apprécier si le contrat doit être ou non maintenu, car il se trouve violé pour le tout. L'application de ces principes au mariage en ferait le plus fragile de tous les contrats. En effet, la durée et l'étendue des devoirs entre époux rendent leur accomplissement plus difficile, plus incertain que partout ailleurs. De plus ils supposent un ensemble d'obligations morales et personnelles, qui échappent par leur nature même à toute exécution partielle, à toute appréciation judiciaire sur leur violation. Tout d'abord le fait qui en est l'objet ne peut être décomposé en une série de prestations partielles dont le total équivaldrait à son accomplissement. Ces obligations morales, autrement dit, sont indivisibles. Pratiquement d'ailleurs, elles se traduisent le plus souvent en abstentions : la fidélité, l'assistance entre conjoints sont surtout des obligations de ne pas manquer à la foi et aux égards promis ; leur violation ne consiste pas, comme celle d'une prestation ordinaire, dans un mauvais vouloir ou une résistance que l'on peut faire disparaître par la contrainte, mais résulte d'un fait positif, adultère, excès ou violences, que rien ne saurait effacer. Aussi, dès qu'une obligation de ne pas faire a été violée une seule fois, son accomplissement est désormais impossible. Dès lors le moindre manquement à la foi et à l'assistance mutuelles entre époux équivaldrait à une inexécution totale. — De

plus, le caractère personnel de ces obligations rendant l'époux lésé seul juge de leur violation et de la gravité de l'injure qui lui a été faite, la résolution du contrat devrait être prononcée *de plano* sur sa simple demande. La validité du mariage dépendrait donc, en dernière analyse, de la volonté des parties. Un pareil résultat ne pouvait être consacré par le législateur. C'est pourquoi il n'a admis le divorce que pour causes déterminées, et le pouvoir d'appréciation qu'il laisse au juge, en matière « d'excès, sévices et injures graves », manifeste son intention de faire de ce dernier le seul arbitre de la validité du lien.

Si la résolution d'un contrat ne suffit pas à désintéresser la partie lésée, celle-ci peut obtenir en outre des dommages-intérêts, destinés à compenser le préjudice qu'elle éprouve. Or, en matière de mariage, une telle compensation serait ridicule. Conçoit-on l'application de cette règle pour effacer les conséquences de l'adultère de la femme, ou les excès et violences du mari? Ce sont là dommages moraux, lésions personnelles, qu'aucune indemnité ne saurait réparer. Aussi les déchéances qui suivent le divorce sont-elles, dans la pensée du législateur, moins une satisfaction pécuniaire accordée à l'époux innocent, qu'une pénalité infligée à son conjoint coupable, au nom de l'autorité sociale.

Enfin, lorsque le contrat est résolu, tous ses effets disparaissent même dans le passé, et les parties sont replacées dans l'état où elles se trouvaient avant sa formation. On ne peut songer à appliquer cette règle au mariage.

« La société domestique n'est point une association de
« commerce, où les associés entrent avec des mises égales,
« et d'où ils puissent se retirer avec des résultats égaux,
« C'est une société où l'homme met la protection de la
« force, la femme les besoins de la faiblesse; l'un le pou-
« voir, l'autre le devoir; société où l'homme se place avec
« autorité, la femme avec dignité; d'où l'homme sort
« avec toute son autorité, mais d'où la femme ne peut
« sortir avec toute sa dignité; car, de tout ce qu'elle a
« apporté dans la société, elle ne peut, en cas de dissolu-
« tion, reprendre que son argent » (1).

Les rapports naturels entre époux laissent dans le passé une trace ineffaçable. De plus les effets de ces rapports subsistent, même après leur dissolution, dans des liens de parenté et de filiation qui sont indélébiles. La loi civile ne pouvait, sur ces points, faire violence à la nature. C'est pourquoi le divorce ne détruit le mariage que dans l'avenir, et laisse subsister, en principe, le rapport de filiation et les droits et devoirs qui s'y rattachent.

Les principes du divorce ne sont donc pas ceux qui régissent la résolution d'un contrat ordinaire. Le législateur en fit une question d'utilité et d'intérêt social, et, comme en 1804, se plaça uniquement sur le terrain de l'opportunité. Cette pensée est manifeste chez les rédacteurs de la loi de 1884. M. Martin-Feuillée, défenseur du projet, prit soin de distinguer le mariage des contrats

(1) De Bonald. *Du divorce considéré au XIX^e siècle*. Œuvres. Le Clère, T. V. p. 210.

ordinaires. « Si le divorce, disait-il, est un remède nécessaire, encore faut-il ne l'appliquer qu'en connaissance de cause, et ne pas le livrer au caprice des plaideurs. « Il ne faut même pas prononcer le mot de consentement mutuel, car le principe qu'il consacre est contraire à la nature même du mariage » (1). M. Renault, rapporteur de la loi, demanda l'établissement du divorce, « non comme un état souhaitable, mais comme un remède nécessaire » (2). Tel fut le principe du divorce dans la pensée du législateur de 1884 ; nous verrons plus loin ce qu'il est et ce qu'il devient en réalité, par le fait de son application. Quoiqu'il en soit, nous concluons, de tout ce qui précède, que les devoirs entre époux ne sont point sanctionnés comme les obligations contractuelles ordinaires.

En est-il de même de ceux qui se rattachent à l'éducation ? L'obligation d'élever leur enfant n'est pas purement personnelle aux époux ; on peut concevoir son exécution par un tiers, et le législateur l'a admis implicitement du reste, en organisant la déchéance de la puissance paternelle. Dès lors, en cas d'inaccomplissement de cette obligation, l'enfant lésé aurait, d'après les principes du contrat, le choix entre son exécution par un tiers aux dépens des parents (art. 1144) et la résolution, avec dommages-intérêts, des rapports juridiques qui peuvent exister entre eux. Mais il est impossible, nous l'avons vu, de con-

(1) *Annuaire de la Société de législation comparée*. 1885, p. 170-171.

(2) *Id.* 1885, p. 165, note.

sidérer l'enfant comme bénéficiaire d'une stipulation résoluble, qui supposerait entre lui et ses parents une égalité juridique et des rapports temporaires d'utilité ou d'intérêt. La loi le reconnaît du reste en lui refusant toute action « pour un établissement par mariage ou autrement » (art. 204), et les auteurs qui veulent le considérer comme créancier se heurtent à une difficulté insoluble, car ils aboutissent à remettre entre les mains du père le droit d'agir contre lui-même. Nous constatons plus haut que les parents ne peuvent créer, au profit de l'enfant, un droit dont la détermination serait laissée à leur seule volonté ; la même impossibilité se rencontre quand il s'agit d'en assurer l'exercice. C'est qu'en réalité ce prétendu droit n'existe que par son côté passif, en tant qu'obligation imposée aux parents par la nature, et érigée en prescription positive par le législateur civil. Aussi les tribunaux se reconnaissent-ils seuls le droit d'en assurer l'accomplissement, et de contrôler l'exercice du pouvoir paternel. De plus la déchéance de ce pouvoir ne peut s'expliquer par l'idée de résolution d'un contrat ordinaire, et la comparaison que nous faisons tout à l'heure, à propos du mariage, est applicable à notre matière. Au même titre que le divorce, la déchéance de la puissance paternelle a été considérée par le législateur comme un remède social, soustrait dans son application à la volonté des intéressés. Cette déchéance, elle aussi, est encourue seulement pour certaines causes déterminées ; elle exige une procédure spéciale, où la Société intervient par l'organe du ministère

public ; elle laisse enfin subsister le lien naturel et moral de la filiation, et porte seulement sur les droits et les pouvoirs que la loi y a attachés.

Les effets généraux du mariage ne peuvent, nous l'avons vu, dériver d'un contrat ordinaire. Aussi l'examen des obligations qui résultent de l'alliance et de la parenté nous ferait-il sortir de notre sujet : la loi a organisé pour chacune d'elles des sanctions spéciales, dont l'étude rentre dans les diverses matières du droit civil. Nos explications précédentes suffisent d'ailleurs, il nous semble, à établir, entre les obligations contractuelles et celles qui naissent du mariage, la distinction nouvelle que nous annonçons au début.

CHAPITRE V

Dissolution du mariage.

I

Le contrat disparaît quand est atteint le but en vue duquel il avait été formé. De plus il peut se trouver dissous avant cette époque :

Soit par l'effet d'un vice initial, qui en entraîne la nullité;

Soit par une déclaration de volonté contraire, émanant des deux parties ou même d'une seule d'entre elles;

Soit par l'exercice d'une action en résolution que la loi accorde au cas où l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements;

Soit par l'accomplissement d'une condition résolutoire insérée au début dans l'acte ;

Soit enfin par suite d'une disposition légale qui en prononce la révocation .

Ces trois dernières causes de dissolution sont inapplicables au mariage. Nous rappellerons à cet effet que la volonté des époux ne peut le résoudre, ni indirectement par l'insertion d'une condition résolutoire, ni directement par l'exercice d'une action en résolution.

En outre, le législateur n'a édicté, à propos du mariage, aucune disposition révocatoire analogue à celles que l'on trouve, par exemple, dans le legs ou la donation. Le divorce, nous l'avons vu, est basé sur d'autres principes.

D'autre part, le mariage étant libre dans sa formation, on conçoit qu'une erreur ou une violence puissent entraîner la nullité. L'acte d'une volonté insuffisamment libre ou éclairée se trouve par là même atteint d'un vice qui peut le rendre dans la suite juridiquement inefficace. C'est là une vérité de droit naturel, qui existe non seulement pour le contrat, mais aussi pour tout acte de volonté unilatérale. On comprend de même que la loi soumette un engagement quelconque à certaines conditions de fond et de forme nécessitées par sa nature ou son importance, et fasse ainsi dépendre sa validité de leur accomplissement. Mais, ici encore, cette règle est applicable à toute manifestation de volonté simple ou double. De ce que le lien conjugal peut être annulé pour l'une ou l'autre de ces causes, on ne peut donc pas conclure qu'il est un contrat.

Ces trois modes de dissolution étant mis hors de cause, on peut ramener les deux autres à un principe commun. La convention est une loi que les parties se sont librement données, et à laquelle il leur est loisible de se soustraire,

par un consentement contraire ; le législateur suppose ce changement de volontés quand le but du contrat est atteint ; les contractants peuvent le manifester, même avant cette époque, par une déclaration expresse. Le mariage, au contraire, est indissoluble dans son essence même, et les époux ne peuvent plus se soustraire à cette loi dès qu'ils l'ont acceptée.

Les principes du contrat, tout d'abord, auraient dû conduire le législateur à autoriser la dissolution du mariage, quand ses fins sont atteintes ou que leur réalisation est impossible. Dans cet ordre d'idées, le maintien des unions stériles ou malheureuses n'a aucune raison d'être ; l'indissolubilité est même un obstacle gênant pour ceux qui croient pouvoir trouver le bonheur dans la nouveauté de liens et d'affections ; elle devrait, en tous cas, disparaître quand l'éducation de l'enfant est accomplie.

Ryssel (1), qui ne voit dans le mariage qu'un pacte contracté pour mettre au monde et élever des enfants, en conclut logiquement que, ce but une fois atteint, les parties peuvent se séparer d'un commun accord pour aller faire ailleurs un autre pacte semblable : *Acquisito fine, cessat actio*.

Nous avons relevé les mêmes idées dans le commentaire de Barbeyrac sur Puffendorf (2). Il suffit, suivant cet auteur, que la société conjugale dure assez longtemps

(1) *De jure naturali et gentium*. Ch. XVIII.

(2) *De officio civis*, II, 2.

pour pouvoir élever les enfants « à moins qu'il n'y ait des « lois positives contraires ou un contrat particulier entre « époux ». Mais la loi civile se contredirait elle-même en enchaînant ainsi une liberté qu'elle déclare inaliénable par le contrat à vie. Ce même principe s'oppose aussi, quoiqu'en dise Barbeyrac, à ce que les parties puissent stipuler la perpétuité de leur union.

II

Tout contrat disparaît en outre par le consentement mutuel des parties, et, dans certains cas, par la volonté d'une seule d'entre elles. Les époux, dès lors, devraient pouvoir dissoudre leur union, non seulement d'un commun accord, mais même par un acte de volonté unilatérale : quand en effet la durée d'une société est illimitée, la loi accorde, à tout associé, le droit d'y mettre fin par une renonciation individuelle (art. 1869).

Si donc les époux ne sont unis que par leur volonté, ce lien ne saurait durer malgré elles, et le législateur, en leur en imposant le maintien de sa propre autorité, viole toutes les règles des contrats consensuels.

M. Boistel, cependant, croit pouvoir expliquer l'indissolubilité du mariage par les principes ordinaires du contrat : « Le mutuel dissentiment ne peut, dit-il, faire disparaître le contrat que s'il n'a donné lieu encore à aucune « exécution, *rebus integris*, et en plus à la condition de

« respecter les droits des tiers... Or, quand le mariage
« a été consommé et qu'un enfant en est né, ou même
« simplement conçu, peut-on dire que la situation pre-
« mière est intacte, que l'on est *rebus integris*, qu'il n'y a
« pas des tiers intéressés, que les enfants n'ont pas un
« intérêt capital au maintien de l'union de leurs parents,
« qui leur assure une famille et un foyer domesti-
« que (1) ? »

Le législateur, sans doute, apporte certaines restrictions à la faculté qu'ont les parties de dissoudre leur contrat par un consentement mutuel. La renonciation d'un associé, notamment, est inefficace « lorsque les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la Société que sa dissolution soit différée » (art. 1870). Il est vrai que la naissance d'un enfant vient modifier la situation première des époux : mais, d'après les principes du contrat et les termes mêmes de l'art. 1870, ce fait nouveau ne pourrait que retarder la dissolution de leur société, et le juge, seul appréciateur de l'importance des obligations qui en résultent, serait souverain arbitre du maintien et de la durée de la société conjugale.

Le respect du droit des tiers ne saurait non plus être un motif d'imposer aux époux la perpétuité de leur union. Cette restriction, tout d'abord, n'existe qu'en matière de contrats constitutifs de droits réels, et M. Boistel, par l'exemple qu'il cite, semble bien le reconnaître : « Ainsi,

(1) *Cours de Philosophie du droit*. T. II, p. 75-76.

« dit-il, après un contrat qui a transféré la propriété d'un
« immeuble, le nouvel accord qui rend la propriété au
« vendeur ne peut détruire les hypothèques, même sim-
« plement légales, venues du chef de l'acheteur, ni faire
« revivre celles qui, avant la vente, pouvaient exister au
« profit de celui-ci et qui ont été éteintes par confu-
« sion » (1). La chose qui fait l'objet d'un contrat de ce
genre est une matière tangible, susceptible d'appropriation
ou de possession. On conçoit dès lors qu'un tiers puisse
avoir sur elle des droits que la résiliation du contrat doit
laisser intacts. Mais un contrat productif d'obligations,
comme le serait le mariage, a pour objet un fait immaté-
riel, l'exercice d'une activité personnelle au débiteur,
et suppose dès lors un rapport juridique où sont seuls
impliqués les contractants. Un tiers peut sans doute s'y
trouver intéressé en vertu d'une stipulation faite en sa
faveur; mais le devoir d'éducation, nous l'avons vu, ne
naît point d'une clause de ce genre, et l'enfant n'a aucune
action pour en exiger l'accomplissement. Le maintien de
l'union, il est vrai, lui assure « une famille et un foyer
domestique », mais cet intérêt moral ne saurait imposer
aux époux, au seul point de vue juridique, le respect
d'un contrat qui les rendrait à tout jamais malheureux
l'un par l'autre. Entre ces deux intérêts opposés, celui
des contractants doit logiquement prévaloir: le législateur
l'a d'ailleurs reconnu en admettant le divorce, et en

(1) *Op. cit.*, p. 75.

imposant seulement aux époux certaines restrictions destinées à sauvegarder les droits des enfants. Dans un contrat ordinaire, en effet, l'intérêt des tiers ne peut que restreindre la liberté des parties, sans jamais la sacrifier complètement. Mais il y a plus : l'intérêt de l'enfant, à supposer même qu'il soit pécuniaire, n'exigerait pas nécessairement le maintien du lien conjugal ; il doit cesser avec l'obligation qui l'a fait naître, c'est-à-dire quand les parents ont rempli leur devoir d'éducation, ou confié cette tâche à un tiers. Tel est, nous l'avons vu, le système de Ryssel et de tous les partisans de la théorie du contrat civil.

« Le nouveau consentement, ajoute M. Boistel (1), ne peut pas faire plus que n'aurait pu faire le premier. Or, la volonté des époux n'aurait pas pu établir entre eux de prime abord une union non souveraine, non perpétuelle ; leur nouveau consentement ne saurait donc porter atteinte à cette perpétuité ». Le mutuel dissentiment est, il est vrai, un simple désaccord, qui doit se manifester dans les termes de l'accord primitif, sans pouvoir modifier le contenu même du contrat. Mais la détermination de ce contenu, dans un rapport juridique ordinaire, dépend des seuls contractants ; leur accord initial n'est pas purement formel : il est la source même des obligations qui en dérivent ; telle est, nous l'avons vu, l'essence même du contrat. La nature et le législateur ont au

(1) *Op. cit.* p., 76.

contraire déterminé par avance les termes et les effets du rapport entre époux. Le contrat, dans le mariage, est simplement la forme juridique que revêt leur manifestation de volonté, et ne peut rien contenir qui soit contraire aux lois naturelles de leur association; dès lors, un accord de volontés contraire ne saurait davantage y contrevenir. Mais cette particularité résulte, nous venons de le voir, de ce que le mariage est, à la différence du contrat, une institution essentiellement impérative. Affirmer donc, comme le fait M. Boistel, que « la volonté des époux n'aurait pas pu établir entre eux de prime abord une union non souveraine, non perpétuelle », c'est reconnaître avec nous, ce semble, que le mariage n'est pas un contrat.

Le principe d'autonomie de la volonté, qui domine toute la théorie des contrats, ne peut donc se concilier avec l'indissolubilité du lien conjugal. Était-il besoin, d'ailleurs, pour le prouver, d'une démonstration juridique, et les faits ne viennent-ils pas d'eux-mêmes justifier notre opinion ? Ce principe a faussé la notion primitive du divorce, et se retrouve au fond de tous les systèmes qui réclament, en matière de mariage, une liberté complète. L'exposé de ses conséquences funestes sera pour nous le meilleur de tous les arguments.

Établi par le législateur, en vertu d'une tolérance suivant lui nécessaire, le divorce apparut tout d'abord entouré de barrières nombreuses, et sévèrement restreint dans son application. Aussi ses partisans, bien loin d'en redouter les abus, se plaisaient-ils à y voir un instrument de morali-

sation sociale, un moyen d'assurer le bonheur des époux et la stabilité des mariages. Qui oserait aujourd'hui émettre ces espérances, et croire à l'efficacité des précautions légales ? Les déceptions et l'insuccès sont, une fois de plus, les résultats de cette triste expérience, contre laquelle les leçons et les témoignages de l'histoire auraient dû cependant mettre en garde. La progression croissante des divorces est un fait historique indéniable, et dont nous sommes aujourd'hui les témoins attristés ; beaucoup d'esprits n'y voient qu'un effet de l'abaissement des mœurs et des idées religieuses. La religion et la morale, il est vrai, fournissent un appui solide, par leurs prescriptions, à la cause de l'indissolubilité, et nous reconnaissons, avec M. Boistel, que le péril est en partie conjuré à l'heure actuelle « par la persistance du mariage chrétien, qui a « résisté encore aux attaques dirigées contre lui, qui se « conserve dans les mœurs, après avoir disparu de la législation » (1). Mais c'est dans une fausse conception juridique que l'on doit surtout, semble-t-il, chercher la cause du divorce et de ses abus. Le mariage, élevé par le législateur de 1884 au-dessus du contrat ordinaire, en conserva cependant le nom et le principe. Les effets de cette confusion regrettable se font aujourd'hui sentir ; le divorce, qui n'était au début qu'une tolérance exceptionnelle, est maintenant, pour certains esprits, un principe et un droit absolus ; la logique des faits vient en même temps dévoiler

(1) *Op cit.*, p. 80.

l'inconséquence du législateur, en donnant à l'idée de contrat tous ses développements habituels. Le mouvement actuel des idées et de la jurisprudence a le même point de départ que celui de la Révolution, et aboutit aux mêmes résultats désastreux. Emportés par le courant de l'opinion publique, les magistrats donnent aux textes législatifs une interprétation de plus en plus large, et se prêtent aux mille combinaisons que l'ingéniosité des parties sait inventer pour tourner la loi. Le divorce par consentement mutuel, s'il n'a pas encore pris place dans nos Codes, existe déjà tout au moins dans la pratique des mœurs et de la jurisprudence : ne fut-il pas admis récemment par un tribunal, auquel ses tendances novatrices ont fait une célébrité douteuse ? (1). Et la volonté des époux ne dicte-t-elle pas, en fait, la solution de tous les procès ?

Le divorce n'est plus, en réalité, qu'une action en réso-

(1) Jugement du Tribunal de Château-Thierry : « Attendu que ce n'est qu'avec la plus grande circonspection et la plus sage prudence que, dans l'intérêt des parties, les tribunaux, en l'état actuel de la législation, doivent accueillir les demandes d'enquête en matière de divorce ; — Qu'en admettant que les faits articulés soient prouvés, il est particulièrement pénible d'étaler dans une enquête, puis devant un Tribunal, en audience publique, où ils sont commentés, et comme à plaisir amplifiés, des faits d'une telle délicatesse que leur divulgation porte non seulement atteinte à la morale publique, mais aussi à la considération future des époux, pour rejaillir ensuite sur celle de leurs enfants ; — Attendu que, dans l'espèce, et s'appuyant sur cet ordre d'idées, le tribunal juge toute enquête inutile ; — Attendu, d'ailleurs, que les parties sont d'accord pour demander que le lien matrimonial qui les unit soit rompu ; — Que, si le divorce par consentement mutuel n'est pas encore inscrit dans la loi, le Tribunal, pour bien apprécier la situation respective des époux, ne doit pas moins tenir le plus grand compte de l'expression de cette volonté, deux êtres ne pouvant être, malgré eux, enchaînés à perpétuité l'un à l'autre ; — Prononce le divorce, etc... »

lution dont les conditions d'exercice perdront de plus en plus de leur rigueur et devront tôt ou tard disparaître, avec le développement du principe de liberté. Si en effet le mariage n'est qu'un contrat, le législateur fait acte monstrueux d'arbitraire, en imposant aux contractants le maintien d'un lien tout spirituel, dont l'amour forme la matière, et le juge n'a point qualité, nous l'avons vu, pour apprécier la violation de devoirs personnels et intimes, dont les intéressés seuls peuvent mesurer l'étendue et la gravité. Aussi certains esprits, logiques jusqu'au bout, réclament-ils le divorce par volonté unilatérale, et leur effréné besoin de liberté ne trouve que dans l'union libre sa complète satisfaction. Selon MM. Margueritte (1), « le mariage n'est « qu'un pacte, un contrat de fidélité, de secours, d'assistance réciproque ». Il doit donc se résoudre comme un contrat ordinaire; « que l'un des deux transgresse ce pacte, « quel législateur oserait dire : le lien qui vous unit sera « toujours aussi étroitement serré, quelque changement qui « puisse survenir? » La liberté humaine, d'ailleurs, n'est-elle pas inaliénable? M. Naquet avait déjà condamné le mariage, en l'assimilant à l'esclavage et au service militaire. MM. Margueritte (1) demandent, au nom du même principe, la suppression de toute entrave légale :

Puis, faisant le procès du divorce actuel, cette « comédie que le magistrat dénoue à son bon plaisir », ils appellent de tous leurs vœux le rétablissement du divorce libre, qui,•

(1) *Mariage et divorce*. 1 broch. in-8°, 1900.

« supprimant la vilenie des débats publics, les roueries des
« avoués, l'éhonté cynisme des avocats, le caprice des
« juges, substituera au tapage malpropre la manifestation
« silencieuse et déterminée de deux volontés, résolues
« librement à rompre le contrat qu'elles avaient librement
« formé. » Cette solution, du reste, est acceptée à l'avance par bon nombre de juristes. L'augmentation constante du nombre des divorces inspire à M. Planiol, entre autres, des réflexions analogues : « Il est possible que ce
« courant nous mène au rétablissement du divorce pour
« incompatibilité d'humeur, démontrée par le consentement des deux époux au divorce, ce qui serait plus
« simple et plus franc que les comédies qui se jouent, et
« ce qui permettrait de s'assurer d'une façon plus sérieuse
« de la volonté inébranlable des époux, au moyen de
« diverses mesures de précaution, telles que des délais
« successifs à eux imposés » (1). Mais n'est-il point permis, après l'expérience révolutionnaire, de douter de l'efficacité de ces garanties, et ne sommes-nous pas au contraire fondés à affirmer, en présence de l'état actuel des choses, que la notion de contrat déformera toujours les conceptions législatives, pour aboutir fatalement, en matière de divorce, au règne de la volonté individuelle ?

(1) *Traité élémentaire de droit civil*. T. III, p. 162.

CONCLUSION

L'histoire de l'ancien droit nous a montré, dans la distinction du contrat et du sacrement, la source de divisions doctrinales et de rivalités qui devaient tôt ou tard se transformer en lutte ouverte entre les deux puissances. Nous avons assisté, avec la Révolution, au développement de ce germe d'antagonisme, et aux résultats désastreux de la distinction civiliste. L'étude du droit actuel enfin nous a fait voir, avec le divorce, la continuation de l'œuvre révolutionnaire, dans son principe et dans ses conséquences. Nous sommes donc fondés à conclure que la notion de contrat compromet l'Institution du mariage, et, par son développement naturel, ne tend à rien moins qu'à la supprimer. L'union libre et l'anarchie sont aujourd'hui, comme au début du siècle, les premiers stades de cette évolution. Avec les progrès du socialisme, le despotisme de l'État et la suppression de la famille doivent en être logiquement le terme définitif.

Condamnée par ses conséquences, l'idée de contrat est de plus contraire, nous l'avons vu, à la tradition historique sainement entendue, et aux règles du droit positif et rationnel. Par son objet, qui est la personne même, par ses lois impératives, par la noblesse et l'étendue de ses fins et des obligations qu'il impose, le mariage apparaît comme une institution primordiale, soustraite, dans son essence, aux variations législatives, et dont aucune volonté, privée ou publique, ne saurait modifier le type naturel et immuable.

Cette conception, remise en honneur dans nos lois, assurerait la stabilité des mariages, le rejet du divorce laissant subsister seulement la possibilité d'une annulation très rare en pratique ; elle résoudrait ainsi l'antinomie que nous signalions au début de notre étude. Elle ferait enfin disparaître le malentendu regrettable qui existe, depuis 1789, entre l'Eglise et le pouvoir civil. Le divorce et l'ingérence excessive de l'Etat en matière de mariage résultent, nous l'avons vu, de la notion de contrat, et ne sont pas, quoiqu'en pensent la plupart des catholiques, une conséquence nécessaire de la sécularisation. L'unité du mariage, sa perpétuité, les obligations qui en dérivent, sont de l'empire de la loi naturelle ; les prescriptions religieuses et légales doivent nécessairement tomber d'accord sur tous ces points, car elles ne sauraient s'en écarter sans fausser le concept essentiel de cette institution. Le mariage civil n'est donc, en lui-même, qu'un ensemble de formalités et de conditions destinées à constater et garantir

l'engagement des époux. Cet engagement étant suivi d'effets extérieurs et civils, l'Etat doit en effet pouvoir imposer aux conjoints certaines garanties et une constatation légales.

D'autre part, il est juste que l'Eglise intervienne dans la formation d'un lien spirituel où les âmes se trouvent engagées. Sur ce terrain mixte, la rivalité des deux puissances ne saurait, en principe, faire naître un conflit insoluble. Et de fait, si le divorce se trouvait écarté, leurs seuls sujets de désaccord seraient l'antériorité du mariage civil, et le droit d'établir des empêchements dirimants. Une entente sur ces deux questions est possible et facile : la plupart des conditions de validité du mariage sont dictées par la nature même, et les art. 199 et 200 du Code pénal pourraient recevoir une modification satisfaisant à la fois les droits de l'Etat et les consciences des catholiques.

Vu et approuvé :
Le Président de la Thèse,
LEFEBVRE.

Vu :
Le Doyen.
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

PRÉLIMINAIRES HISTORIQUES.....	9
--------------------------------	---

DEUXIÈME PARTIE

Droit positif et rationnel

CHAPITRE I. — Formation et conditions de validité du mariage.....	31
CHAPITRE II. — Objet et Fins du mariage.....	41
CHAPITRE III. — Nature du mariage	53
CHAPITRE IV. — Effets du mariage	75
CHAPITRE V. — Dissolution du mariage.....	93
CONCLUSION.....	105

Imprimerie de l'Institut international de Bibliographie scientifique. — xi-1901
